

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 10 Σεπτεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη - Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου – Εισηγήτρια και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή - δυνάμει της από 19.07.2021 Απόφασης της Ολομέλειας Α.Ε.Π.Π, Μέλη.

Για να εξετάσει την, από 02.08.2021, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1557/03.08.2021 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Της παρεμβαίνουσας ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...», η οποία εδρεύει στην ..., επί της οδού ... αρ. ..., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει, **όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. ... Απόφαση της αναθέτουσας αρχής** – κατ' αποδοχή του, από 12.07.2021, Πρακτικού (No 1) της Επιτροπής Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού – **άλλως, να ακυρωθεί η παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει διευκρινίσεις ως προς το ύψος των οικονομικών προσφορών**, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «ΑΝΑΠΤΥΞΗ ΚΑΙ ΒΕΛΤΙΩΣΗ

ΥΠΟΔΟΜΩΝ ΤΟΥ ...», Κωδικός κύριου λεξιλογίου CPV ... Γενικές κατασκευαστικές εργασίες για αεροδρόμια, διαδρόμους προσγείωσης - απογείωσης και επιφάνειες ελιγμών, προϋπολογισμού 37.264. 893,54€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή (ΑΔΑΜ ΚΗΜΔΗΣ: ... 2021-05-26, Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Με την Παρέμβασή της, η πρώτη παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθολοκληρίαν η Προδικαστική Προσφυγή της προσφεύγουσας και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία έγινε αποδεκτή η υποβληθείσα οικονομική Προσφορά της και κατετάγη πρώτη (σε σειρά μειοδοσίας).

Με την Παρέμβασή της, η δεύτερη παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθολοκληρίαν η Προδικαστική Προσφυγή της προσφεύγουσας και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία έγινε αποδεκτή η υποβληθείσα οικονομική Προσφορά της (2^η σε σειρά κατάταξης).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ..., ποσού δεκαπέντε χιλιάδων ευρώ 15.000,00€ αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την, από 02.08.2021, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1557/03.08.2021, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά πράξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού 37.264.893,54€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 13%, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης, δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη Απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με Θέμα: *«Έγκριση του Πρακτικού αποσφράγισης και αξιολόγησης προσφορών-1ο Πρακτικό του έργου: "ΑΝΑΠΤΥΞΗ ΚΑΙ ΒΕΛΤΙΩΣΗ ΥΠΟΔΟΜΩΝ ΤΟΥΥ ...»*, αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του επίμαχου Διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 23.07.2021.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα, που υπέβαλε την με αριθμό ... Προσφορά στον εν θέματι Διαγωνισμό, η οποία έγινε δεκτή (3^η σε σειρά κατάταξης) με την προσβαλλόμενη Απόφαση της αναθέτουσας αρχής, θεμελιώνει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον για την άσκηση της εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής. Το δε έννομο συμφέρον της για την άσκηση της ως άνω Προδικαστικής Προσφυγής, θεμελιώνεται εν προκειμένω στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον υπόψη Διαγωνισμό και στο

επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (ΕΑ 1216/2006, ΕΑ 512/2002, 517/2001 κλπ).

Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον με την υπ' αριθμ. .../23.07.2021 Απόφαση της αναθέτουσας αρχής, μη νομίμως έγιναν δεκτές οι Προσφορές των δύο παρεμβαίνόντων (1^{ος} και 2^{ος} σε σειρά μειοδοσίας, αντίστοιχα), διότι υπέβαλαν «ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά», κατά την έννοια του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016.

Όπως ειδικότερα υποστηρίζει η προσφεύγουσα: «II. Λόγοι προσφυγής

A. Οι προσφορές των οικονομικών φορέων α) και β) ... - ... - ...» είναι παράνομες, ως ασυνήθιστα χαμηλές - Παράνομη η προσβαλλόμενη πράξη καθώς εκδόθηκε κατά παράβαση του άρθρου 88 σε συνδυασμό με το άρθρο 71 του ν. 4412/2016 – Παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να προσκαλέσει τους ως άνω οικονομικούς φορείς να αιτιολογήσουν την οικονομική προσφορά τους .

1. Στο άρθρο 71 του ν. 4412/2016 καθορίζονται οι γενικές αρχές που διέπουν την αξιολόγηση και την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων από τους αναθέτοντες φορείς. Κατά το τελευταίο εδάφιο του άρθρου: «Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποφασίζουν να μην αναθέσουν τη σύμβαση στον προσφέροντα που υπέβαλε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά όταν έχουν διαπιστώσει ότι η προσφορά δεν τηρεί τις ισχύουσες υποχρεώσεις, όπως αυτές προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 18.».

2. Στο άρθρο 88 παρ. 1-3 του ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί μεταφορά του άρθρου 69 της Οδηγίας 2014/24 και υπό τον τίτλο «Ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές», ορίζεται ότι: «1. Όταν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας, είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής. Αν οικονομικός φορέας δεν ανταποκριθεί στη σχετική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής εντός της άνω προθεσμίας και δεν υποβάλλει εξηγήσεις, η

προσφορά του απορρίπτεται ως μη κανονική και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγυητική επιστολή συμμετοχής. 2. Οι εξηγήσεις της παρ. 1 μπορεί να αφορούν ιδίως: α) τα οικονομικά χαρακτηριστικά της μεθόδου κατασκευής, της διαδικασίας παρασκευής ή των παρεχόμενων υπηρεσιών, β) τις επιλεγείσες τεχνικές λύσεις ή τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει ο προσφέρων για την παροχή των προϊόντων ή την παροχή των υπηρεσιών ή την εκτέλεση του έργου, γ) την πρωτοτυπία του έργου, των αγαθών ή των υπηρεσιών που προτείνονται από τον προσφέροντα, δ) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18, περί αρχών που εφαρμόζονται στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 89, ε) τη συμμόρφωση προς τις υποχρεώσεις του άρθρου 131, περί υπεργολαβίας, στ) το ενδεχόμενο χορήγησης κρατικής ενίσχυσης στον προσφέροντα, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 89, περί δικαιολογητικών σχετικά με τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές. 3. Η αναθέτουσα αρχή αξιολογεί τις παρεχόμενες πληροφορίες, σε συνεννόηση με τον προσφέροντα. Μπορεί να απορρίψει την προσφορά μόνο εάν τα παρεχόμενα στοιχεία δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής ή του κόστους που προτείνεται, λαμβανομένων υπόψη των στοιχείων που αναφέρονται στην παρ. 2. Οι αναθέτουσες αρχές απορρίπτουν την προσφορά, εάν διαπιστώσουν ότι η προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, διότι δεν συμμορφώνεται με τις ισχύουσες υποχρεώσεις της παρ. 2 του άρθρου 18».

Στη δε παρ. 5α του ίδιου άρθρου 88 προβλέπονται τα εξής: «Στις δημόσιες συμβάσεις έργων, με λετών, παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επισημονικών υπηρεσιών, ως ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, σε κάθε περίπτωση, τεκμαίρονται προσφορές που υποβάλλονται σε διαγωνισμό και **εμφανίζουν απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν.** Η αναθέτουσα αρχή δύναται να κρίνει ότι συνιστούν ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές και προσφορές με μικρότερη ή καθόλου απόκλιση από το ως άνω όριο. Οι παρεχόμενες εξηγήσεις του οικονομικού φορέα, ιδίως ως προς τον προσδιορισμό οικονομικών μεγεθών, με

τις οποίες ο προσφέρων διαμόρφωσε την προσφορά του, αποτελούν δεσμευτικές συμφωνίες και τμήμα της σύμβασης ανάθεσης που δεν μπορούν να μεταβληθούν καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης» .

3. Όπως έχει κριθεί για την προϋσχύουσα - αντίστοιχης διατύπωσης - διάταξη του άρθρου 55 της οδηγίας 2004/18 περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών και ισχύει για την ταυτότητα του νομικού λόγου και καθ' ερμηνεία της διάταξης του άρθρου 69 της Οδηγίας 2014/24, από την επιτακτική διατύπωση της διάταξης αυτής, προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή έχει κατ' αρχάς υποχρέωση να εντοπίσει τις ύποπτες προσφορές. Από την αδιάστικτη διατύπωση της διάταξης προκύπτει σαφώς ότι βούληση του νομοθέτη της Ένωσης ήταν να επιβάλει στην αναθέτουσα αρχή να εξακριβώνει τη σύνθεση των προσφορών που είναι ασυνήθιστα χαμηλές, υποχρεώνοντάς την προς τούτο να ζητεί από τους υποψηφίους να της προσκομίσουν τα αναγκαία δικαιολογητικά στοιχεία που να αποδεικνύουν ότι οι επίμαχες προσφορές είναι σοβαρές (βλ. συναφώς, ΔΕΕ απόφαση της 29ης Μαρτίου 2012, C-599/10, απόφαση της 27ης Νοεμβρίου 2001, C 285/99 και C 286/99, Lombardini και Mantovani, Συλλογή 2001, σ. I 9233, σκέψεις 46 έως 49). Συγκεκριμένα η εν λόγω διάταξη επιβάλλει στην αναθέτουσα αρχή, πρώτον, να εντοπίσει τις ύποπτες προσφορές, δεύτερον, να παράσχει στους διαγωνιζόμενους τη δυνατότητα να αποδείξουν τη σοβαρότητα των προσφορών τους, τρίτον, να εκτιμήσει τη λυσιτέλεια των εξηγήσεων που παρείχαν οι ενδιαφερόμενοι και, τέταρτον, να αποφασίσει σχετικά με το αν θα δεχθεί ή αν θα απορρίψει τις εν λόγω προσφορές (ΔΕΕ απόφαση της 19ης Οκτωβρίου 2017, C-198/16 P, σκέψη 51, και απόφαση της 27ης Νοεμβρίου 2001, Lombardini και Mantovani, C 285/99 και C 286/99, EU:C:2001:640, σκέψη 55). Καθίσταται δε νόμιμη η ενεργοποίηση της διαδικασίας ελέγχου μίας προσφοράς ως υπερβολικά χαμηλής όταν αυτή υπερβαίνει ένα νομοθετικά καθορισμένο κατώφλι (βλ. απόφαση ΔΕΕ, Lombardini και Mantovani, ό.π., σκ. 68 επ.), ως εν προκειμένω, που όπως αναλύουμε διεξοδικά στη συνέχεια, υπό II.A.9 επ., οι προσφορές των δύο πρώτων εταιρειών στην κατάταξη ξεπερνούν υπέρμετρα και εξόφθαλμα το τιθέμενο όριο των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο

όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν, όπως προβλέπεται στην παρ. 5α του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016.

4. Περαιτέρω το **άρθρο 18 παρ. 2 του ιδίου νόμου** προβλέπει: «2. Κατά την εκτέλεση των δημόσιων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις τους που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπισθεί με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α'. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους».

5. Η κρίση περί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς ανάγεται στην εκτίμηση από την αναθέτουσα αρχή, αν με βάση τον προϋπολογισμό της υπηρεσίας, το προσφερόμενο από τον διαγωνιζόμενο τίμημα επαρκεί ή όχι για την προσήκουσα εκτέλεση του 10 φυσικού αντικείμενου της σύμβασης, όπως αυτό οριοθετείται από τις ειδικότερες προβλέψεις της διακήρυξης (συμπεριλαμβανομένων των «τεχνικών προδιαγραφών» και λοιπών βασικών δεδομένων αυτής), καταλείποντας στον ανάδοχο και κάποιο περιθώριο κέρδους (ΕΑ ΣτΕ 290/2017, πρβλ. και ΕΑ 83/2017, 197/2015). Στοιχεία που μπορούν να ληφθούν υπ' όψιν στην κρίση περί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς είναι οι εκπτώσεις σε άλλους διαγωνισμούς, (βλ Ελ Συν VI Τμήμα 1325/2019, 1345/2018, πρβλ ΑΕΠΠ 235/2017, σκ 4), καθώς και η απόκλιση της τιμής από τους άλλους διαγωνιζομένους (βλ ΑΕΠΠ 133/2019, σκ 28), αλλά και το γεγονός της υποβολής ενστάσεων ή αντιρρήσεων εκ μέρους διαγωνιζομένων, όπως και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του δημοπρατούμενου έργου (βλ ΑΕΠΠ 133/2019, σκ 23, βλ και ΔΕΚ Απόφαση 18-12-2014, Υπόθεση C-568/13 Data Medical Service, σκ 50, ΕΑ ΣτΕ 197/2015, σκ 8), ώστε να αιτιολογηθεί η ορθότητα της οικονομικής προσφοράς του υποψηφίου, ήτοι να αποδειχθεί ότι η κατασκευή του συγκεκριμένου έργου, υπό τους όρους οι οποίοι αναφέρονται στα τεύχη της

οικείας Δημοπράτησης και υπό τις επικρατούσες οικονομικές συνθήκες της αγοράς (τιμές, υφιστάμενη νομοθεσία κλ.) δεν είναι ζημιογόνος, αλλά επικερδής για τον προσφέροντα. Η απόρριψη προσφοράς είναι υποχρεωτική στις περιπτώσεις που η αναθέτουσα αρχή έχει διαπιστώσει ότι η ασυνήθιστα χαμηλή τιμή ή το ασυνήθιστα χαμηλό κόστος που προτείνεται είναι αποτέλεσμα της μη συμμόρφωσης με υποχρεωτική ενωσιακή νομοθεσία ή συμβατή προς αυτή εθνική νομοθεσία στους τομείς του κοινωνικού, εργατικού ή περιβαλλοντικού δικαίου ή με διατάξεις του διεθνούς εργατικού δικαίου. Υπό το φως των ανωτέρω, προκύπτει ότι η διάταξη του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 δεν καταλείπει περιθώριο διακριτικής ευχέρειας στην αναθέτουσα αρχή, η οποία, ενεργώντας κατά δεσμία αρμοδιότητα, οφείλει κατά την αξιολόγηση των προσφορών πρωτίστως να εντοπίσει εκείνες που εμφανίζονται ως ασυνήθιστα χαμηλές και εν συνεχεία να καλέσει τους συγκεκριμένους διαγωνιζόμενους να τις αιτιολογήσουν, ώστε να εκτιμηθεί η σοβαρότητα της προσφοράς τους, να επιβεβαιωθεί η δυνατότητα άρτιας εκτέλεσης της σύμβασης όπως απαιτεί το δημόσιο συμφέρον και να διασφαλιστεί ο υγιής ανταγωνισμός μεταξύ των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων.

Δεδομένου, δε, ότι κατά την παρ. 3 του άρθρου 88 η αναθέτουσα αρχή απορρίπτει την προσφορά εάν τα στοιχεία που παρείχε ο οικονομικός φορέας δεν εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο της τιμής της προσφοράς του, όταν δηλαδή τα παρασχεθέντα στοιχεία κρίνονται ελλιπή ή μη επαρκή ή μη προσήκοντα, κατά μείζονα λόγο είναι απορριπτέες οι προσφορές για τις οποίες δεν παρασχέθηκε εντός της ταχθείσας προθεσμίας κανένα στοιχείο τεκμηρίωσης του ύψους τους από τους διαγωνιζομένους από τους οποίους ζητήθηκαν. Η διάταξη δεν καταλείπει οποιοδήποτε περιθώριο διακριτικής ευχέρειας στην αναθέτουσα αρχή σε περίπτωση που ο διαγωνιζόμενος δεν ανταποκριθεί στην κλήση προς αιτιολόγηση της προσφοράς και δεν υποβάλει τα στοιχεία που κατά την άποψή του δικαιολογούν το ύψος της προσφοράς του (και συνακόλουθα επιβεβαιώνουν τη σοβαρότητα αυτής). Η παράλειψη αυτή άλλωστε συνιστά και συνομολόγηση εκ μέρους των συγκεκριμένων διαγωνιζομένων ότι αφενός η προσφορά τους είναι ασυνήθιστα

χαμηλή (διότι σε διαφορετική περίπτωση θα είχαν αμφισβητήσει αυτή καθ' εαυτή την πρόσκληση για την αιτιολόγησή της) και αφετέρου ότι αδυνατούν να τεκμηριώσουν το χαμηλό ύψος της προσφοράς τους, ήτοι ότι η προσφορά τους επί της ουσίας είναι αδικαιολόγητα χαμηλή. Η υποχρεωτική απόρριψη της προσφοράς η οποία παρίσταται ασυνήθιστα χαμηλή για το αντικείμενο της σύμβασης και για την οποία δεν υποβλήθηκαν εξηγήσεις για το χαμηλό ύψος της, προκύπτει άλλωστε ευθέως και από το άρθρο 26 παρ. 3 περ. δ' του ν. 4412/2016 (άρθρο 26 της Οδηγίας 2014/24), σύμφωνα με το οποίο οι ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές θεωρούνται ως μη κανονικές.

Συνάγεται, επομένως, ότι η υποβολή ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς δύναται να νοθεύσει τον ανταγωνισμό και να πλήξει την επί ίσοις όροις συμμετοχή των ενδιαφερομένων στους διαγωνισμούς για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, αφού με τη μεθόδευση τούτη οι λοιποί υποψήφιοι αποκλείονται κατά το στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών και η διαγωνιστική διαδικασία αποβαίνει υπέρ του διαγωνιζομένου εκείνου που προσφέρει τις υπηρεσίες του αντί αδικαιολόγητα χαμηλού, σε σχέση με τα κρατούντα στην αγορά, τιμήματος. Περαιτέρω, η υποβολή ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς διακινδυνεύει και το δημόσιο συμφέρον, στο μέτρο που ο ανάδοχος ενδέχεται, κατά λογική ακολουθία, να επιχειρήσει κατά την εκτέλεση της σύμβασης να καλύψει τη ζημία που υφίσταται, εξαιτίας του αδικαιολόγητα χαμηλού τιμήματος, σε βάρος της ποιότητας ή και της ποσότητας των παρεχόμενων υπηρεσιών (βλ. σχετικά S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, (2005,) σελ. 532 -534; P Trepte, *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, (Oxford, Oxford University Press, 2004,) σελ.165-166 and 197; και P Trepte, *Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide*, 2 η έκδοση, (Oxford, Oxford University Press, 2007, σελ.474, και AR Engel, *Managing Risky Bids, Handbook of Procurement* (Cambridge, Cambridge University Press, 2006, σελ.322, 326). 6. Εξάλλου, στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει η αρχή της υποχρεωτικής αιτιολογίας των αποφάσεων. Αναλυτικότερα η στάση της διοίκησης απέναντι στους διαγωνιζόμενους σε μία διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, κυρίως

ενόψει έκδοσης δυσμενών για αυτούς πράξεων, υπαγορεύεται από την εν γένει υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να μην αφήνει τις πράξεις και αποφάσεις της εκτεθειμένες σε υπόνοιες αυθαιρεσίας και αιφνιδιασμού σε βάρος των διαγωνιζομένων. Μία τέτοια επιταγή βρίσκεται, άλλωστε, σε απόλυτη εναρμόνιση με την θεμελιώδη αρχή της διαφάνειας που διέπει το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Επομένως, οι αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής που είναι απορριπτικές αιτημάτων των συμμετεχόντων σε δημόσια διαγωνιστική διαδικασία για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης έργου, προμήθειας, υπηρεσιών κ.λπ., πρέπει να είναι πλήρως και ειδικά αιτιολογημένες. [...]

Προς αποφυγή των δυσμενών αυτών συνεπειών για το δημόσιο συμφέρον και από υποχρέωση προάσπισης της αρχής της ισότητας υπέρ κάθε φυσικού ή νομικού προσώπου που συμμετέχει στους δημόσιους διαγωνισμούς παροχής υπηρεσιών, υφίσταται κατ' ουσία δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας Αρχής να ζητά την αιτιολόγηση κάθε προσφοράς που κρίνεται από αυτήν ως ασυνήθιστα χαμηλή. Προς τούτο, η οικονομική προσφορά διαγωνιζόμενου οφείλει να περιλαμβάνει όχι μόνο το κόστος των δαπανών για την εκτέλεση εργασιών κατασκευής του έργου, την σύνταξη τυχόν μελετών, γενικά έξοδα, κλπ., της μισθοδοσίας του προσωπικού που θα απασχοληθεί στην παροχή των υπηρεσιών, κλπ., αλλά και το λειτουργικό κόστος, καθώς επίσης και να καταλείπει και κάποιο περιθώριο κέρδους, ώστε να μην τίθεται εξ αυτού του λόγου σε κίνδυνο η ομαλή εκτέλεση της σύμβασης (ΣτΕ 675/2002, 272/2008, 1257/2009, 1262/2009, ΕλΣυν 240/2007 Τμήμα VI, ΣτΕ 187/2013, 328/2013).

8. Στον όρο 4.1 της επίδικης Διακήρυξης με τίτλο «Ηλεκτρονική αποσφράγιση/Αξιολόγηση/Έγκριση πρακτικού», και ειδικότερο στην παρ. η προβλέπεται μεταξύ άλλων ότι: «... Η Επιτροπή Διαγωνισμού ολοκληρώνει τη σύνταξη του σχετικού πρακτικού με το αποτέλεσμα της διαδικασίας, με το οποίο εισηγείται την ανάθεση της σύμβασης στον μειοδότη (ή τη ματαίωση της διαδικασίας), καί το υποβάλλει στην αναθέτουσα αρχή το σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, ως «εσωτερικό», μέσω της λειτουργίας «επικοινωνία» του υποσυστήματος, προς έγκριση», με την υποσημείωση υπ' αρ. 12 όπου αναφέρεται ότι «Επισημαίνεται ότι αν η αναθέτουσα αρχή θεωρήσει ότι

προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές, απαιτεί από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας, κατά ανώτατο όριο δέκα ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης. Στην περίπτωση αυτή εφαρμόζονται τα άρθρα 88 και 89 του ν. 4412/2016».

9. Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή παρέλειψε να ζητήσει την αιτιολόγηση των προσφορών των ανταγωνιστών μας, παρά το γεγονός ότι αυτές είναι ήδη εκ πρώτης όψεως ασυνήθιστα χαμηλές, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016.

9.1. Όπως προαναφέρθηκε σύμφωνα με το άρθρο 88 παρ. 5α του ν. 4412/2016, όπως ισχύει σύμφωνα με τις τροποποιήσεις του Ν. 4782/2021, ως ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές τεκμαίρονται προσφορές που υποβάλλονται σε διαγωνισμό και εμφανίζουν απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από το μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υπεβλήθησαν. **Εν προκειμένω, ο μέσος όρος έκπτωσης παραδεκτών προσφορών που υπεβλήθησαν σύμφωνα με την απόφαση της αναθέτουσας αρχής είναι: $(31,61 \% + 30,52 \% + 10,54 \% + 7,20 \% + 6,99 \%) : 5 = 86,86/5 = 17,372 \%$.** Με βάση το ανωτέρω άρθρο το ανώτατο όριο εκπτώσεων μέχρι του οποίου μία προσφορά δε χαρακτηρίζεται ασυνήθιστα χαμηλή είναι πλέον δέκα ποσοστιαίες μονάδες πάνω από το μέσο όρο των εκπτώσεων, δηλαδή: $17,372\% + 10\% = 27,372\%$. Επομένως, και οι δύο προσφορές των οικονομικών φορέων, των οποίων οι εκπτώσεις υπερβαίνουν το ανωτέρω όριο τεκμαίρονται ως ασυνήθιστα χαμηλές, δηλαδή οι προσφορές των και «..... – – ...».

Σημειώνουμε εδώ τη σημαντική απόκλιση που έχουν οι εκπτώσεις των ανωτέρω προσφερόντων από το μέσο όρο των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών κατά την απόφαση του αναθέτοντος φορέα. Η έκπτωση της ... **υπερβαίνει κατά 42% το τιθέμενο όριο του νόμου των δέκα ποσοστιαίων μονάδων**, και η έκπτωση της «..... – – ...» υπερβαίνει αντιστοίχως το ως άνω όριο **κατά 31%**, με αποτέλεσμα να είναι οφθαλμοφανές ακόμη και χωρίς υπολογισμούς το τεράστιο μέγεθος της απόκλισης. Εξίσου χαοτική είναι και η απόκλιση των δύο

πρώτων από τον τρίτο στην σειρά μειοδότη. **Ο τρίτος στη σειρά μειοδότης απέχει 20 ποσοστιαίες μονάδες από τον 2ο και μόλις 3,34 μονάδες από τον 4ο και 3,55 μονάδες από τον 5ο. Οι αποκλίσεις, λοιπόν είναι σημαντικές πέραν του ορίου 10%, πλέον του μέσου όρου των εκπτώσεων που καθορίζει ο ισχύον νόμος, ώστε ακόμη και εάν δεν ίσχυε ο νέος νόμος, είναι οφθαλμοφανές ότι η αναθέτουσα αρχή έπρεπε να θεωρήσει τις ανωτέρω προσφορές ως ασυνήθιστα χαμηλές και να ζητήσει σχετικές εξηγήσεις, ούτως ώστε οι ως άνω διαγωνιζόμενοι να κληθούν να υποβάλλουν εξηγήσεις που θα περιλαμβάνουν:** α) Αιτιολόγηση για την ορθότητα του προσδιορισμού του άμεσου κόστους των εργασιών, β) Αιτιολόγηση για την ορθότητα του προσδιορισμού του έμμεσου κόστους των εργασιών και γ) Επιβεβαίωση ότι κατά την σύνταξη της προσφοράς έχουν ληφθεί υπ' όψιν οι προβλεπόμενες στα τεύχη κρατήσεις στις πιστοποιήσεις και ο προσδιορισμός του εύλογου κέρδους του προσφέροντος οικονομικού φορέα.

Θα πρέπει επίσης, στην υποβαλλόμενη αιτιολόγηση, να αποδεικνύεται η συμμόρφωσή τους προς τις υποχρεώσεις που απορρέουν από την παρ. 2 του άρθρου 18 του ν. 4412/2016 και την ενωσιακή νομοθεσία περί κρατικών ενισχύσεων, αφού η παράβαση των υποχρεώσεων αυτών επιφέρει απόρριψη της προσφοράς και μάλιστα κατά δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής. Με βάση λοιπόν τα ανωτέρω πρέπει να αιτιολογηθεί η ορθότητα της οικονομικής προσφοράς των ως άνω οικονομικών φορέων, ήτοι να αποδειχθεί **ότι η κατασκευή του συγκεκριμένου έργου, υπό τους όρους οι οποίοι αναφέρονται στα τεύχη Δημοπράτησης και υπό τις επικρατούσες οικονομικές συνθήκες της αγοράς (τιμές, υφιστάμενη νομοθεσία κλ.) δεν είναι ζημιογόνος, αλλά επικερδής για αυτούς.**

9.2. Βάσει των προαναφερθέντων, στοιχεία τα οποία πρέπει να διαμορφώνουν την οικονομική προσφορά μεταξύ άλλων είναι: • Τα συμβατικά τεύχη και τα αναφερόμενα σε αυτά στοιχεία του έργου • Η ισχύουσα νομοθεσία για την κατασκευή του έργου. • Οι συλλογικές συμβάσεις των εργαζομένων και οι περιβαλλοντικές υποχρεώσεις του αναδόχου κατά την κατασκευή του έργου. • Οι τιμές των υλικών οι οποίες ίσχυαν κατά τον χρόνο δημοπράτησης του έργου.

• Οι ισχύοντες νόμοι και τεχνικές οδηγίες και προδιαγραφές (ΕΤΕΠ) για την κατασκευή των προβλεπόμενων εργασιών. Κατά την υποβολή της αιτιολόγησης πρέπει να προσδιορίζεται το άμεσο και το έμμεσο κόστος των εργασιών το οποίο περιλαμβάνεται στην οικονομική προσφορά: Το άμεσο κόστος περιλαμβάνει το συνολικό κόστος των εργασιών οι οποίες συνθέτουν το φυσικό αντικείμενο του έργου, ήτοι τις τιμές των υλικών, τα κόστη των μηχ/των τα οποία θα απασχοληθούν για την εκτέλεση του έργου, την συνολική αποζημίωση του εργαζόμενου εργατοτεχνικού προσωπικού καθώς και το κόστος των χρησιμοποιούμενων υπεργολάβων.

9.3. Επειδή στην παρούσα χρονική περίοδο δεν υπάρχει συγκεκριμένη οδηγία για τον τρόπο υπολογισμού του άμεσου κόστους, η προσέγγιση αυτού θα πρέπει να γίνεται εκτός των άλλων και σε συνάρτηση με τις υπάρχουσες προσφορές άλλων Οικονομικών Φορέων. Δεν είναι δηλαδή δυνατόν όταν ανταγωνίζονται για την αναδοχή ενός έργου πολλές μεγάλες και έμπειρες κατασκευαστικές εταιρείες, να καταθέτουν προσφορές οι οποίες, ως προς το ύψος του συνολικού κόστους των δημοπρατούμενων εργασιών, είτε να ταυτίζονται είτε να απέχουν ελάχιστα, και ταυτόχρονα να υπάρχουν προσφορές από συμμετέχοντες ευρισκόμενους σε μικρότερη κατασκευαστικά Τάξη ΜΕΕΠ, οι οποίες να απέχουν σημαντικά από αυτές των άλλων, δέκα τουλάχιστον ποσοστιαίες μονάδες 10% και αυτή να θεωρείται ότι είναι σωστή. Προκειμένου το γεγονός αυτό (ήτοι η ουσιαδώς μεγάλη απόκλιση) να μπορεί να αιτιολογηθεί και να θεωρηθεί εύλογο, πρέπει να υποδεικνύεται στην αιτιολόγηση ιδιαίτερος τρόπος κατασκευής ή οι ειδικές συνθήκες οι οποίες επιτρέπουν στον Οικονομικό Φορέα, την τόσο χαμηλή προσφορά, πλην όμως εν προκειμένω ουδόλως προκύπτει κάτι τέτοιο. Στο σημείο αυτό και προκειμένου να αποφευχθούν πιθανά οι εσφαλμένες κρίσεις πρέπει να επισημανθεί το γεγονός ότι κάθε έργο είναι ανεξάρτητο των άλλων, τα οποία πιθανά να ανήκουν στην ίδια κατηγορία, Υδραυλικά Έργα, Έργα Οδοποιίας κ.λπ., και τον προσδιορισμό του κόστους του, διαμορφώνει το είδος των εργασιών, οι συνθήκες και η μέθοδος εκτέλεσης αυτών και η κατασκευαστική ικανότητα του αναδόχου. **Η απόδειξη δε αυτή πρέπει να στηρίζεται σε πραγματικά στοιχεία όπως τιμολόγια ή**

εγκεκριμένα συμφωνητικά αντίστοιχων εργασιών, τις οποίες έχει εκτελέσει στο παρελθόν σε άλλα παρόμοια έργα, ή έστω πολλές και έγκυρες οικονομικές προσφορές από δοκιμασμένους προμηθευτές ή υπεργολάβους, τις οποίες διαθέτει και πρέπει να προσκομίσει, ώστε να είναι δυνατή και αληθής η αιτιολόγηση της υποβληθείσας προσφοράς.

Πρέπει να γίνει κατανοητό ότι το ύψος των προσφορών, σε περίπτωση διαγωνισμού με κριτήριο την χαμηλότερη οικονομική προσφορά και σε αυτό το επίπεδο συμμετεχουσών εταιρειών, για κάθε εργασία πλέον είτε είναι ίδιο ή εν κατακλείδι, στην πραγματικότητα έχει μικρή διαφοροποίηση. Μειοδότης αναδεικνύεται αυτός που περιορίζει το κέρδος του, αρκεί να μην το εκμηδενίζει, καθώς σε αυτή την περίπτωση η προσφορά πάσχει ως νοθεύουσα τον υγιή ανταγωνισμό. Πολύ περισσότερο δεν μπορεί να αναδεικνύεται ανάδοχος αυτός που προσφέρει ζημιογόνο προσφορά, αφού σε μία τέτοια περίπτωση διακινδυνεύεται σοβαρώς το συμφέρον του ίδιου του έργου και η προοπτική της εκτελέσεώς του.

Περαιτέρω, σε κάθε αιτιολόγηση εξετάζεται για τον συγκεκριμένο τρόπο κατασκευής ο οποίος περιγράφεται σε αυτή και με βάση αυτόν προσδιορίζεται και το κόστος. Ο μειοδότης αιτιολογεί και ελέγχεται για τη μέθοδο την οποία προτείνει την κατασκευή του έργου και με βάση τα στοιχεία αυτά, προσδιορίζεται ή και διορθώνεται το κόστος των εργασιών. Πολύ πιθανά χρησιμοποιώντας έναν διαφορετικό τρόπο κατασκευής ή διαχείρισης των υλικών να επιτυγχάνεται σημαντική οικονομία στην υλοποίηση του έργου. Το έμμεσο κόστος είναι το τμήμα του έργου το οποίο δεν μπορεί να κατανεμηθεί σε μια συγκεκριμένη εργασία ή κατασκευαστική δραστηριότητα ή λειτουργία. Τέτοια έξοδα είναι το κόστος των εγγυητικών Επιστολών, οι κρατήσεις του έργου, η ασφάλιση, τα έξοδα της έδρας της εταιρείας κ.λπ.

9.4. Για τον προσδιορισμό του πραγματικού κόστους του συγκεκριμένου έργου επικεντρωθήκαμε στην εξέταση 140 άρθρων, τα οποία όμως αντιστοιχούν στο 68% της συνολικής δαπάνης προσφοράς της προσωρινά ανακηρυχθείσας αναδόχου εταιρείας. Το ποσοστό αυτό εκτιμούμε ότι είναι ένα επαρκές δείγμα για την εξαγωγή ασφαλών εκτιμήσεων περί του τελικού κόστους του έργου. Το

κόστος των εργασιών αυτών παρουσιάζεται αναλυτικά στον Πίνακα Σύγκρισης Προϋπολογισμού - Προσφοράς ... – Κόστους, μετά των επιμέρους προσφορών υπερβολών - προμηθευτών (**Σχετ. 1**). Από τον πίνακα αυτό προκύπτει ότι για δαπάνη εργασιών, ανερχόμενη σύμφωνα με την προσφορά της ... σε ύψος 12.770.861,09€, που αντιστοιχεί στο 68% της προσφοράς, υπάρχει ζημία **ύψους 2.142.251,11€**. Κατά την αναγωγή του ποσού αυτού που αντιστοιχεί στο 68% του έργου στο σύνολο αυτού, με πλήρη απορρόφηση των απροβλέπτων προ αναθεώρησης (που είναι μηδενική) και ΦΠΑ, προκύπτουν τα παρακάτω οικονομικά μεγέθη: [...]

Από τον ανωτέρω πίνακα είναι σαφές ότι μετά την ολοκλήρωση του έργου θα υπάρξει ζημία -3.387.013,43. Το συγκεκριμένο έργο είναι ένα συνηθισμένο οικοδομικό έργο από οπλισμένο σκυρόδεμα και δεν έχει απαίτηση κάποιου ιδιαίτερου εξοπλισμού, ούτε κάποιος ιδιαίτερος τρόπος κατασκευής ή κάποια τεχνογνωσία που μπορεί να μειώσει δραματικά το κόστος. Το κόστος αναλύεται σε δαπάνη προμήθειας υλικών και την αμοιβή των απαιτούμενων συνεργείων. Τα υλικά πρέπει να πληρούν τις συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές της μελέτης και προσφέρονται από συγκεκριμένες εμπορικές εταιρείες (ο αριθμός των οποίων δεν συγκεκριμένος στην αγορά) και από τις οποίες τα προμηθεύονται όλοι οι διαγωνιζόμενοι. Εκ του λόγου αυτού, οι αποκλίσεις της τιμής αγοράς των αναγκαίων υλικών δεν μπορεί να διαφοροποιείται δραματικά ανάλογα τον προμηθευτή. Τα αντίστοιχα ισχύουν και για τις αμοιβές των διαφόρων συνεργείων. Προφανώς το κοστολόγιο των συνεργείων ποικίλλει, ωστόσο υπάρχει ένα ελάχιστο κοστολόγιο το οποίο πρέπει να καλύπτει τις αμοιβές των εργατών, συμπεριλαμβανομένων τυχόν υπερωριών και ασφαλιστικών εισφορών. Επίσης δεν υπάρχει κάποιο εξιδεικευμένο μηχάνημα το οποίο το έχει αποκλειστικά κάποιος και με βάση την απόδοση του μηχανήματος αυτού θα δώσει δραματικά χαμηλότερη τιμή. Ως προς τα γενικά έξοδα και το Εργολαβικό όφελος για τις ανάγκες της παρούσης έγιναν δεκτά τα ποσοστά που αναφέρονται στην Εγκύκλιο 9/2017. Σύμφωνα με αυτή, αφαιρουμένων των γενικών εξόδων που αναλυτικά αναφέρονται στην εν λόγω Εγκύκλιο, από το 18% του & ... προκύπτει ένα καθαρό κέρδος 2,5%, το

οποίο όπως προαναφέραμε δεν επαρκεί για να καλύψει τη ζημία. Με τον ίδιο ακριβώς τρόπο προκύπτει ότι η ζημία της ένωσης «.... – –» είναι 3,282,727,70 ΕΥΡΩ, λαμβάνοντας υπ' όψιν τη μικρή απόκλιση των προσφορών τους. Και στην περίπτωση της εν λόγω ένωσης το ελάχιστο κέρδος που προκύπτει δεν επαρκεί για να καλύψει τη ζημία, αφού όπως προαναφέρθηκε οι ανελαστικές δαπάνες δεν καλύπτονται από τις τιμές της προσφοράς.

10. Αφού ληφθούν υπόψη τα προαναφερόμενα, προκύπτει ότι η οικονομική προσφορά τόσο της εταιρείας όσο και της ... «...» είναι αδικαιολογήτως χαμηλή και μάλιστα ενέχουσα παραβίαση των υποχρεώσεων του άρθρου 18 παρ. 2 ν. 4412/2016. Συγκεκριμένα, από τη συνδυαστική εφαρμογή των ως άνω νομοθετικών και νομολογιακών δεδομένων, στον προκείμενο διαγωνισμό, όπου κατά τα προαναφερθέντα αναδείχθηκε ανάδοχος η με δεύτερη καταταγείσα μειοδότη την ... «....» προσφέροντας αντίστοιχα εκπτώσεις ύψους **31,61 % και 30,52** που απέχουν σημαντικά από τις λοιπές προσφορές και μάλιστα κατά ποσοστό που υπερέβαινε κατά 20%, προκύπτει ότι σαφέστατα υφίσταντο ενδείξεις υποβολής ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών και συνεπώς ο αναθέτων φορέας όφειλε να καλέσει την ως άνω μειοδότη εταιρεία, καθώς και τη δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας εταιρεία να υποβάλουν σχετική αιτιολόγηση και να εκτιμήσει τη λυσιτέλεια των εξηγήσεων που θα παρείχαν και να αποφασίσει σχετικά με το αν θα δεχθεί ή αν θα απορρίψει τις προαναφερθείσες προσφορές. Τούτο διότι οι ως άνω υπ' αυτές προσφερθείσες εκπτώσεις επί του προϋπολογισμού δημοπράτησης ήταν τέτοιου ύψους που ευλόγως τις καθιστά αυτομάτως και εξ αντικειμένου άμεσα ελεγχόμενες ως «ασυνήθιστα χαμηλές» καθώς απέχουν σημαντικά από τις προσφορές των επόμενων διαγωνιζόμενων, που προσέφεραν ποσοστό έκπτωσης που απέχει σημαντικά και συνεπώς προφανώς γεννάται εύλογη αμφιβολία για το εάν στην μειοδότη Προσφορά έχουν συνυπολογισθεί όλα τα αναγκαία για την εμπρόθεσμη άρτια και έντεχνη ολοκλήρωση των δημοπρατούμενων συμβάσεων κονδύλια/δαπάνες. Παρόλα αυτά και παρά τις ουσιώδεις αποκλίσεις των ως άνω προσφορών από την προϋπολογισθείσα δαπάνη της παρούσας διαγωνιστικής διαδικασίας, ο αναθέτων φορέας ουδέν εκ των ανωτέρω έπραξε, ήτοι δεν εισήλθε στην

ουσιαστική αξιολόγηση των προσφορών της και της ... «...», **αλλά περιορίστηκε σε μια απόλυτα τυπική και χαρακτηριστικά διεκπεραιωτική αποδοχή όλων των προσφορών δίχως να προσφύγει στη διαδικασία που προβλέπει το άρθρο 88 παρ. 2 και 3 του ν. 4412/2016**, καλώντας τους ως άνω οικονομικούς φορείς προς παροχή εξηγήσεων / διευκρινίσεων, παρότι οι οικονομικές προσφορές τους ήδη εκ πρώτης όψεως παρίσταντο ως ασυνήθιστα χαμηλές. [...]

Σε κάθε περίπτωση, ο αναθέτων φορέας οφείλει σε συνέχεια της παρούσας προσφυγής μας, αυτοβούλως να συμμορφωθεί άλλως να υποχρεωθεί να διερευνήσει τις ενδείξεις περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών που θέτουμε με την παρούσα και να καλέσει τους ως άνω οικονομικούς φορείς ν' απαντήσουν επί των ουσιωδών και σαφών ισχυρισμών μας περί ασυνήθιστα χαμηλού κόστους των ως άνω δύο πρώτων κατά σειρά μειοδοσίας προσφορών ... Σε κάθε περίπτωση εφόσον προβάλλονται συγκεκριμένες ειδικές και κοστολογημένες αιτιάσεις, μεταξύ άλλων, αναφορικά με τα οικονομικά χαρακτηριστικά της μεθόδου κατασκευής που θα ακολουθήσουν οι ως άνω υποψήφιοι, το κόστος των δαπανών για την εκτέλεση των επίμαχων εργασιών, τα εν γένει λοιπά έξοδα, τη μισθοδοσία του προσωπικού που απαιτείται, το λειτουργικό κόστος, καθώς και το κέρδος που καταλείπεται, ο αναθέτων φορέας δύναται και υποχρεούται, εφόσον ελλείπει η ειδική και εμπειριστατωμένη αιτιολογία στην προσβαλλόμενη απόφαση, να επαναλάβει τη διαδικασία από το σημείο αυτό (ΣτΕ243, 244/2011), όπου και εμφιλοχώρησε η παράλειψη. [...]

Β. Τα μέλη της . «...» παρέλειψαν να απαντήσουν στο οικείο πεδίο του ... σχετικά με τους προβλεπόμενους οικονομικούς δείκτες που απαιτούσε του άρθρο 22.Γ.α της διακήρυξης, με αποτέλεσμα η προσφορά της ως άνω ενώσεως να είναι αποκλειστέα από τη συνέχεια του διαγωνισμού:

Πέραν του ως άνω λόγου, η δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας ένωση οικονομικών φορέων «...» υπέπεσε σε ουσιώδη παρατυπία/πλημμέλεια κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ των μελών της, μη δυνάμενη να συμπληρωθεί μέσω διευκρινίσεων στο πλαίσιο εφαρμογής του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, γεγονός που όπως

θα αναλύσουμε ακολούθως υποχρεώνει τον αναθέτοντα φορέα να την αποκλείσει από την συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ειδικότερα: 1.

Σύμφωνα με το άρθρο 75 παρ. 3 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι: «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού. Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων. Ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει τους βασικούς λόγους για την απαίτηση αυτή στα έγγραφα της σύμβασης ή στη χωριστή έκθεση που προβλέπεται στο άρθρο 341. Η αναλογία, ενδεικτικά, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού μπορεί να λαμβάνεται υπόψη όταν η αναθέτουσα αρχή προσδιορίζει τις μεθόδους και τα κριτήρια της συνεκτίμησης αυτής στα έγγραφα της σύμβασης. Οι μέθοδοι και τα κριτήρια αυτά χαρακτηρίζονται από διαφάνεια, αντικειμενικότητα και αποφυγή διακρίσεων».

2. Σύμφωνα με το άρθρο 76 παρ. 3 του ν. 4412/2016, ως ίσχυε κατά το χρόνο δημοσίευσης της προκήρυξης, προεβλέπετο ότι: «Πέραν των οριζόμενων στις παρ. 3, 4 και 5 του άρθρου 75, ειδικά για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, ισχύουν συμπληρωματικά τα ακόλουθα: α) Αν το έργο ανήκει σε μια κατηγορία του Μ.Ε.ΕΠ. κατά την παράγραφο 1 περίπτωση β', η τάξη, στην οποία πρέπει να είναι εγγεγραμμένοι οι οικονομικοί φορείς, προσδιορίζεται από την

εκτιμώμενη αξία της σύμβασης. Για την εφαρμογή του προηγούμενου εδαφίου τα ποσοστά των απρόβλεπτων δαπανών (απρόβλεπτα), όπως αυτά καθορίζονται στην περίπτωση α' της παρ. 3 του άρθρου 156, λαμβάνονται υποχρεωτικά υπόψη. Αν το έργο ανήκει σε περισσότερες κατηγορίες του Μ.Ε.ΕΠ. κατά την παράγραφο 1 περίπτωση γ', η τάξη για κάθε κατηγορία, στην οποία πρέπει να είναι εγγεγραμμένοι οι οικονομικοί φορείς, προσδιορίζεται από το αντίστοιχο μέρος της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης. Τα πιο πάνω εφαρμόζονται ανάλογα και για τις εξειδικευμένες επιχειρήσεις. Σε κάθε άλλη περίπτωση οικονομικοί φορείς, που αποδεικνύουν ότι καλύπτουν τα κριτήρια επιλογής μπορούν να συμμετέχουν. β) Ενώσεις οικονομικών φορέων εγγεγραμμένων στην ίδια τάξη και κατηγορία έργου του Μ.Ε.ΕΠ. μέχρι και την πέμπτη τάξη, επιτρέπεται να αναλάβουν έργα εκτιμώμενης αξίας μεγαλύτερης από το ανώτατο όριο της τάξης τους μέχρι το είκοσι πέντε τοις εκατό (25%) της διαφοράς μεταξύ του ανώτατου ορίου της τάξης τους και του ανώτατου ορίου της επόμενης τάξης, υπό την προϋπόθεση ότι τουλάχιστον δύο από τους οικονομικούς φορείς αυτούς συμμετέχουν στην κατανομή της κατασκευής του έργου ή στα κέρδη και τις ζημίες της ένωσης, με ποσοστό τουλάχιστον τριάντα τοις εκατό (30%) ο καθένας. Όταν η ένωση αποτελείται από οικονομικούς φορείς εγγεγραμμένους στην έκτη τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. για την ίδια κατηγορία εργασιών, το ανώτατο όριο της εκτιμώμενης αξίας των έργων που επιτρέπεται να αναλάβει η ένωση διαμορφώνεται στα εξήντα εκατομμύρια (60.000.000) ευρώ, υπό την προϋπόθεση ότι το ποσοστό συμμετοχής του καθενός στα κέρδη και τις ζημίες, ανέρχεται τουλάχιστον σε είκοσι πέντε τοις εκατό (25%). Τα όρια της παραγράφου αυτής μπορεί να επανακαθορίζονται με απόφαση του Υπουργού Υποδομών Μεταφορών και Δικτύων, λαμβανομένου υπόψη του δείκτη 18 αναθεώρησης των τιμών των δημοσίων έργων, όπως καθορίζεται, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις. Σε κάθε άλλη περίπτωση οικονομικοί φορείς, που αποδεικνύουν ότι καλύπτουν τα κριτήρια επιλογής μπορούν να συμμετέχουν. 4. Επιπλέον των επιχειρήσεων που είναι εγγεγραμμένες σε τάξεις των μητρώων, επιχειρήσεις που εκπληρώνουν τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 75 του ν. 4412/2016 μπορούν να συμμετέχουν σε διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας

σύμβασης έργων, μελετών ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών ανεξαρτήτως της εγγραφής τους σε τάξεις. Οποιαδήποτε αναφορά αντίθετη στο προηγούμενο εδάφιο καταργείται». 3.

[...] Στο άρθρο 91 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή 25 διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102. .. ».

5. Περαιτέρω στο άρθρο 79Α του Ν. 4412/2016, ως ίσχυε κατά το χρόνο δημοπράτησης, προβλέπεται ότι: «1. Κατά την υποβολή του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ) του άρθρου 79, είναι δυνατή, με μόνη την υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου του οικονομικού φορέα η προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 73 για το σύνολο των φυσικών προσώπων που είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτόν. 2. Ως εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα για την εφαρμογή του παρόντος άρθρου, νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό ή το πρακτικό εκπροσώπησής του κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής ή το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπεί τον οικονομικό φορέα για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης. 3. Το παρόν άρθρο εφαρμόζεται και για την υπογραφή του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) το οποίο εκδίδει η Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.).».

6. Κατά την παγιωμένη άποψη νομολογίας και επιστήμης η διακήρυξη της δημοπρασίας αποτελεί κανονιστική διοικητική πράξη, και δεσμεύει κατά τρόπο

ισοδύναμο τόσο τη δημόσια αρχή όσο και τους διαγωνιζόμενους (Σ.τ.Ε. 2772/1986). Ως κανονιστική δε διοικητική πράξη η διακήρυξη, όταν προέρχεται από αρμόδιο όργανο και έχει νομίμως δημοσιευθεί, εφόσον δεν προσβληθεί εμπροθέσμως και ακυρωθεί, παράγει όλες τις εντεύθεν έννομες συνέπειες και υπερισχύει κάθε αντίθετης διάταξης, ακόμη κι αν δεν έχει τα απαιτούμενα από το νόμο στοιχεία ή και αν περιέχει στοιχεία που αντιβαίνουν τις διατάξεις του εθνικού και κοινοτικού δικαίου (Σ.τ.Ε. 1874/1993, Σ.τ.Ε. 3984/1990, 4607/1986, 1701/1971, 5690/1996, Ολ. Σ.τ.Ε. 965/1998, Ολ. Σ. τ.Ε. 1415/2000 κ.α.). Οι όροι δε της διακήρυξης ως περιέχοντες ειδική ρύθμιση για κάθε διαγωνισμό, είναι υποχρεωτικά εφαρμοστέοι και υπερισχύουν κάθε αντίθετης ρύθμισης (Σ.τ.Ε. 1502/2003, Ε.Α. Σ.τ.Ε. 16/2005, Ε.Α. Σ.τ.Ε. 977/2004). Παράβαση των όρων της διακήρυξης από τον εργοδότη οδηγεί σε ακυρότητα της δημοπρασίας και από τον διαγωνιζόμενο σε αποκλεισμό του από τον διαγωνισμό (Σ.τ.Ε. 2518/1964, 1325/1976, 3692/1989 κ.α., Γνωμ. Π. Παυλόπουλου Ν.Δ.Ε. 16/1996 και Ν.Δ.Ε. 16/125). [...] Σύμφωνα δε με την αρχή της τυπικότητας όλες οι διατάξεις της διακήρυξης που αφορούν τους τύπους που πρέπει να τηρηθούν κατά τη διαδικασία του διαγωνισμού καθιερώνουν ουσιώδεις τύπους, των οποίων η παραβίαση ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αναθέτουσα αρχή και οδηγούν σε ακυρότητα της προσφοράς του υποψηφίου που τους παραβίασε. [...]

Στο άρθρο 22.Γ της διακήρυξης με τίτλο «22.Γ Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» ορίζονται εκτός των άλλων τα εξής:
«α)Κάθε εργοληπτική επιχείρηση να έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις της προς τις εργοληπτικές οργανώσεις, εφόσον είναι εγγεγραμμένη. Μεμονωμένοι οικονομικοί φορείς, που δραστηριοποιούνται σε ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ ΕΡΓΑ, θα πρέπει να διαθέτουν κατά την τελευταία τους χρήση τουλάχιστον: [...] ΙΔΙΑ ΚΕΦΑΛΑΙΑ/ΣΥΝΟΛΟ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ >0,6 ΚΥΚΛΟΦΟΡΟΥΝ ΕΝΕΡΓΗΤΙΚΟ/ΒΡΑΧΥΠΡΟΘΕΣΜΕΣ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ >0,8 [...]

Οι οικονομικοί φορείς που δραστηριοποιούνται σε έργα ΟΔΟΠΟΙΪΑΣ, θα πρέπει να διαθέτουν κατά την τελευταία τους χρήση τουλάχιστον: [...] ΙΔΙΑ

ΚΕΦΑΛΑΙΑ/ΣΥΝΟΛΟ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ >0,6 ΚΥΚΛΟΦΟΡΟΥΝ
ΕΝΕΡΓΗΤΙΚΟ/ΒΡΑΧΥΠΡΟΘΕΣΜΕΣ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ >0,8 [...]

Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων υπό τους όρους των παρ.1 (ε) και 3(β) του άρθρου 76 του Ν.4412/2016, έκαστος οικονομικός φορέας που δραστηριοποιείται σε έργα ΟΔΟΠΟΪΑΣ, θα πρέπει να διαθέτει κατά την τελευταία του χρήση τουλάχιστον: [...] ΙΔΙΑ ΚΕΦΑΛΑΙΑ/ΣΥΝΟΛΟ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ >0,6 ΚΥΚΛΟΦΟΡΟΥΝ ΕΝΕΡΓΗΤΙΚΟ/ΒΡΑΧΥΠΡΟΘΕΣΜΕΣ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ >0,8 [...] Οι οικονομικοί φορείς που δραστηροποιούνται σε ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ ΕΡΓΑ, θα πρέπει να διαθέτουν κατά την τελευταία τους χρήση τουλάχιστον [...] ΙΔΙΑ ΚΕΦΑΛΑΙΑ/ΣΥΝΟΛΟ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ >0,6 ΚΥΚΛΟΦΟΡΟΥΝ ΕΝΕΡΓΗΤΙΚΟ/ΒΡΑΧΥΠΡΟΘΕΣΜΕΣ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ >0,8 [...]

Ακολουθώντας με την υπ' αρ. πρωτ. .../29.6.2021 διευκρίνιση της Υπηρεσίας οι ως άνω δείκτες του άρθρου 22.Γ της Διακήρυξης διορθώθηκαν, ώστε να είναι συμβατοί με το ισχύον άρθρο 100 παρ. 8 ι του ν. 3669/2008, ως ισχύει τροποποιηθέν, και ορίστηκε ότι πρέπει να είναι Ι.Κ. /Σ.Υ. >0,4 και Κ.Ε. /Β.Υ.>0,6. Στο άρθρο 23.1 της διακήρυξης του επίμαχου έργου ορίζεται: «23.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της παρούσας. Σε περίπτωση υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), υποβάλλεται χωριστά από κάθε μέλος της ένωσης.».

Στο άρθρο 23.5 της διακήρυξης με τίτλο Δικαιολογητικά Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής Επάρκειας του άρθρου 22.Γ ορίζεται: “Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των οικονομικών φορέων

αποδεικνύεται: (α) για τις εγγεγραμμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις στο Μ.Ε.Ε.Π.: ... είτε από τη βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.Ε.Π, η οποία αποτελεί τεκμήριο των πληροφοριών που περιέχει" είτε, στην περίπτωση που οι απαιτήσεις του άρθρου 22.Γ δεν καλύπτονται από τη βεβαίωση εγγραφής, με την υποβολή ενός ή περισσότερων από τα αποδεικτικά μέσα που προβλέπονται στο Μέρος Ι του Παραρτήματος ΧΙΙ (Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής) του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016 84 όπως ισχύει μετά την έκδοση του ν. 4782/2021".

6. Από τους ανωτέρω αναφερόμενους όρους της διακήρυξης προκύπτει ότι οι διαγωνιζόμενοι όφειλαν για το παραδεκτό της προσφοράς τους να υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έντυπο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79§1 και 79Α του Ν. 4412/2016 το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδονται από τις αρμόδιες αρχές. **Στο ψηφιακό υπογεγραμμένο από τα αρμόδια όργανα του αναθέτοντα φορέα ΕΕΕΣ που χορηγήθηκε στους διαγωνιζόμενους να το συμπληρώσουν και συγκεκριμένα στο Μέρος IV «Κριτήρια επιλογής» και ειδικότερα στο κεφάλαιο Β «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» καλούνταν οι διαγωνιζόμενοι μεταξύ άλλων να δηλώσουν: «Β: Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια Ο οικονομικός φορέας πρέπει να παράσχει πληροφορίες μόνον όταν τα σχετικά κριτήρια επιλογής έχουνε προσδιοριστεί από την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα στη σχετική προκήρυξη/γνωστοποίηση ή στα έγγραφα της διαδικασίας σύναψης σύμβασης που αναφέρονται στην προκήρυξη / γνωστοποίηση. Χρηματοοικονομικές αναλογίες (δείκτες) Όσον αφορά τις χρηματοοικονομικές αναλογίες (δείκτες) που ορίζονται στη σχετική προκήρυξη/γνωστοποίηση ή στα έγγραφα της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, ο οικονομικός φορέας δηλώνει ότι οι πραγματικές τιμές των απαιτούμενων αναλογιών (δεικτών) έχουν ως εξής: Προσδιορισμός της απαιτούμενης αναλογίας (δείκτη)- αναλογία (δείκτης) μεταξύ x και y: η**

αντίστοιχη αξία: Εάν η σχετική τεκμηρίωση διατίθεται ηλεκτρονικά, αναφέρετε:»

7. Η απαίτηση της διακήρυξης και του ΕΕΕΣ, όπως αυτή διευκρινίστηκε / διορθώθηκε με την υπ' αρ. πρωτ. .../29.06.2021 διευκρίνιση, είναι ρητή, σαφής και μονοσήμαντη. Οι οικονομικοί φορείς που δραστηριοποιούνται στις κατηγορίες: Οικοδομικά Έργα, έργα Οδοποιίας και Ηλεκτρομηχανολογικά έργα, όφειλαν στο ΕΕΕΣ που υπέβαλαν να συμπληρώσουν τις τιμές των απαιτούμενων αναλογιών (δεικτών) προκειμένου να προκύπτει ότι οι δείκτες **βιωσιμότητας είναι $I.K./Σ.Y > 0,4$ και $K.E./B.Y > 0,6$** . Ήτοι οι διαγωνιζόμενοι όφειλαν εκτός των άλλων να προαποδείξουν μέσω του ΕΕΕΣ ότι πληρούν τους δείκτες βιωσιμότητας, ως ορίζεται στο άρθρο 22.Γ.α της διακήρυξης. Διαγωνιζόμενος που στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε παρέλειψε να συμπληρώσει το πεδίο τις τιμές των απαιτούμενων χρηματοοικονομικών αναλογιών (δεικτών) αποκλείεται της συνέχειας του διαγωνισμού κατά δέσμια αρμοδιότητα του αναθέτοντα φορέα, για παράβαση των όρων της διακήρυξης σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει τις διαγωνιστικές διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων, χωρίς ο αναθέτων φορέας να νομιμοποιείται να τον καλέσει να συμπληρώσει ή διευκρινίσει το ελλείπον περιεχόμενο του οικείου πεδίου του ΕΕΕΣ. Και τούτο διότι η υποβολή συμπληρωμένου ΕΕΕΣ στα απαιτούμενα από τη διακήρυξη πεδία και δη σε ολόκληρο τμήμα αυτού, αποτελεί ουσιώδη τυπική προϋπόθεση συμμετοχής στο διαγωνισμό, παράβαση δε του κανόνα αυτού εκ μέρους του συμμετέχοντος στο διαγωνισμό, δηλαδή υποβολή ελλιπούς κατά περιεχόμενο δήλωσης, συνιστά ουσιώδη παράλειψη συνεπαγόμενη αποκλεισμό του υποψηφίου μη δυνάμενη να αναπληρωθεί με παροχή διευκρινήσεων, η οποία κατ' αρ. 310 και 102 του Ν. 4412/2016 παρέχεται μόνο για ασάφεια δικαιολογητικών και εγγράφων και επουσιώδη σφάλματα ιδίως όπως τυπικής φύσης, γραφικά, λεκτικά, φραστικά, ως προς τη σήμανση και τη συσκευασία του φακέλου και των εγγράφων και ως προς τη νομιμοποίηση και όχι για το πρώτον συμπλήρωση της απάντησης σε κεφάλαιο του ίδιου του ΕΕΕΣ, που συνεπάγεται ουσιώδη μεταβολή της ίδιας της προσφοράς (πρβλ. απόφαση ΑΕΕΠ 89/2017, 119/2017). Επί υποβολής δικαιολογητικού με ελλιπές περιεχόμενο, ο αναθέτων

φορέας ούτε οφείλει ούτε δύναται να ζητήσει διευκρινίσεις αφού δεν είναι δυνατή η εκ των υστέρων συμπλήρωση ή διευκρίνιση μη υποβληθέντος ή μη νομίμως υποβληθέντος δικαιολογητικού (ΣτΕ 1983/2018, 781/2020, ΕΑ ΣτΕ 228/2013, 301/2012 κ.α.) κατ' άρθρο 310 και 102 του Ν. 4412/2016 και ως εκ τούτου η ελλιπής συμπλήρωση του ΕΕΕΣ καθίσταται μη θεραπεύσιμη πλημμέλεια (Ελ. Συν. VI Τμήμα 296/2018 σκ. vi). Στο ίδιο πλαίσιο, αναφορικά με την ορθή συμπλήρωση του ΕΕΕΣ/ ΤΕΥΔ, έχει κριθεί ότι, «...σε περίπτωση, όπως η παρούσα, στην οποία η εν λόγω υπεύθυνη δήλωση προσφέροντος δεν περιλαμβάνει ορισμένα από τα προβλεπόμενα στη διακήρυξη στοιχεία, η αναθέτουσα αρχή δεν υποχρεούται (και δεν επιτρέπεται) ούτε να καλέσει τον διαγωνιζόμενο σε συμπλήρωση της δήλωσής του, προς κάλυψη των αντίστοιχων ουσιωδών ελλείψεών της, ούτε να θεωρήσει ότι τα ελλείποντα στοιχεία της υπεύθυνης δήλωσης μπορούν να αναπληρωθούν από το περιεχόμενο άλλων εγγράφων της προσφοράς του διαγωνιζόμενου, τα οποία απαιτούνται από τη διακήρυξη, όπως τα αποδεικτικά στοιχεία της αλήθειας του περιεχομένου της παραπάνω υπεύθυνης δήλωσης...» (βλ. ΣτΕ ΕΑ 346/2017, σκ. 11. Βλ., επίσης, μεταξύ πολλών, ΣτΕ ΕΑ 239/2019, 240/2019, 163/2020). Τέλος, όπως *ad hoc* κρίθηκε από το ΣτΕ, η παράλειψη απάντησης σε ένα ερώτημα του ΕΕΕΣ δεν δύναται να συναχθεί από τις απαντήσεις που έδωσε ο οικονομικός φορέας σε άλλα ερωτήματα, ακόμα και εντός του ίδιου ΕΕΕΣ (βλ. την απόφαση ΣτΕ ΕΑ 234/2020, σκ. 11, σύμφωνα με την οποία «...η παράλειψη απάντησης στο συγκεκριμένο ερώτημα συνιστά ουσιώδη παράλειψη κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ, διότι ο οικονομικός φορέας παραλείπει να δηλώσει, αν πληροί ένα εκ των κριτηρίων χρηματοοικονομικής επάρκειας, το οποίο τίθεται επί ποινή αποκλεισμού, και δεν δύναται η ελλείπουσα απάντηση επί του συγκεκριμένου ερωτήματος να συναχθεί από τις απαντήσεις που έδωσε ο οικονομικός φορέας σε άλλα ερωτήματα, ακόμη και εντός του ίδιου κεφαλαίου του ΕΕΕΣ...»).

8. Στην παρούσα περίπτωση τα μέλη της β' κατά σειρά μειοδοσίας ένωσης «...» στο ΕΕΕΣ, που έκαστο υπέβαλε, παρέλειψαν να συμπληρώσουν το πεδίο του Μέρους VI Κριτήρια Επιλογής, κεφάλαιο Β Οικονομική και Χρηματοοικονομική

επάρκεια, του ΕΕΕΣ και δεν ανέφεραν ούτε δήλωσαν τις τιμές των απαιτούμενων αναλογιών (δεικτών) προκειμένου να προαποδείξουν ότι πληρούν τους δείκτες βιωσιμότητας του άρθρου 22.Γ.α της διακήρυξης, ούτε δήλωσαν αν η πλήρωση των δεικτών βιωσιμότητας προκύπτει από άλλον τρόπο. Αντιθέτως και τα τρία μέλη της εν λόγω ενώσεως αρκέστηκαν στο να συμπληρώσουν στο οικείο ερώτημα του ΕΕΕΣ περί προσδιορισμού της απαιτούμενης αναλογίας (δείκτη) – αναλογία (δείκτης) μεταξύ x και y ότι: Δεν απαιτείται. Ακολούθως παρατίθεται αυτούσιο το ακριβές απόσπασμα από το ΕΕΕΣ που υπέβαλαν και τα τρία μέλη της ως άνω ενώσεως, το οποίο είχε ως εξής: [...]

Εξάλλου, όπως έχει κριθεί, το σχετικό ερώτημα του ΕΕΕΣ στην ένδικη διαγωνιστική διαδικασία μπορούσε να απαντηθεί από τους οικονομικούς φορείς είτε με αναφορά και κατ' ακολουθία δια παραπομπής στη βεβαίωση εγγραφής και κατάταξης του υποψηφίου στην οικεία τάξη του Μ.Ε.Ε.Π. εφόσον πληροί τους ζητούμενους δείκτες είτε με ειδική μνεία (αναγραφή) των συγκεκριμένων δεικτών και λόγων (ΕΑ ΣτΕ 234/2020), όπως άλλωστε έπραξαν άπαντες οι λοιποί διαγωνιζόμενοι των οποίων οι προσφορές κρίθηκαν παραδεκτές, ήτοι εκτός από την εταιρεία μας που επέλεξε ν' απαντήσει με αναφορά στην εν ισχύ βεβαίωση 7ης τάξης του ΜΕΕΠ, το ίδιο έπραξε η ..., ενώ τα μέλη της «...» επέλεξαν, όπως τα ίδια άλλωστε αναφέρουν, επικουρικά να αναγράψουν τους συγκεκριμένους δείκτες, καθώς τεκμήριο για την εκπλήρωση της συγκεκριμένης απαίτησης αποτελεί η εν ισχύ βεβαίωση ΜΕΕΠ που έκαστο κατέχει, εφόσον καλύπτει τους απαιτούμενους δείκτες βιωσιμότητας, ενώ η ... επέλεξε να συμπληρώσει το οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ προσδιορίζοντας τους απαιτούμενους δείκτες x και y .

9. Τούτη άλλωστε η ερμηνεία απορρέει από την παρ. 22.Γ της Διακήρυξης, ερμηνευόμενη σε συνδυασμό με τις παρ. 23.1 και 23.5.α αυτής, αλλά και με τις διατάξεις του άρθρου 100 παρ. 8 του ν. 3669/2008, που εξακολουθούν να είναι σε ισχύ, ως άλλωστε και η ίδια η διακήρυξη παραπέμπει, με την υπ' αριθμ. 65 τεθείσα στο άρθρο 22.Γ. υποσημείωση, σελ. 47 αυτής, όπου μεταξύ άλλων προβλέπεται ότι: «Σε κάθε περίπτωση και μέχρι την κατάργηση των άρθρων 80

έως 110 του ν. 3669/2008 και την έναρξη ισχύος του π.δ. του άρθρου 118 παρ. 20 του ν. 4472/2017, επισημαίνεται ότι, εφόσον η αναθέτουσα αρχή επιλέξει την παραπομπή σε τάξεις/πτυχία του ΜΕΕΠ [...].».

Επομένως, εφόσον εν προκειμένω η διακήρυξη ρητά αναφέρει ότι για τον προσδιορισμό των απαιτούμενων δεικτών βιωσιμότητας λαμβάνονται υπόψη οι διατάξεις του ν. 3669/2008 και δη τα άρ. 80 -110, καθίσταται σαφές ότι στο σχετικό πεδίο του ΕΕΕΣ έπρεπε σε κάθε περίπτωση να συμπληρωθεί και δη είτε δια παραπομπής στην οικεία τάξη του ΜΕΕΠ, εφόσον κάλυπτε τους οικείους δείκτες του άρθρου 22.Γ της Διακήρυξης είτε να δηλωθούν οι οικείες δείκτες, από τους οποίους θα προκύπτει ότι η αναλογία (δείκτη) – αναλογία (δείκτης) μεταξύ x και y , διαμορφώνεται σύμφωνα με τις απαιτούμενες τιμές (ως διορθώθηκαν με την υπ' αρ. διευκρίνιση), ήτοι $I.K./Σ.Y > 0,4$ και $K.E./B.Y > 0,6$. Παρ' όλα αυτά, τα μέλη της ένωσης «...Α», παρά τη ρητή προς τούτο υποχρέωση της διακήρυξης, έκριναν αυθαίρετως ότι δήθεν δεν απαιτείται η συμπλήρωση των δεικτών, αφήνοντας κενό το οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ.

10. Προς επίρρωση των ανωτέρω αναφέρεται ότι, το άρ. 65 παρ. 6 του ΠΔ 71/2019 ορίζει ότι όσον αφορά τις βεβαιώσεις εγγραφής στο ΜΕΕΠ που ίσχυαν κατά το χρόνο έκδοσης του εν λόγω ΠΔ, στις 3.7.2020 εξακολουθούν να ισχύουν έως 31.12.2020. Επίσης, στο άρ. 188 του ν. 4635/2019 παρ. 3, ορίζεται ότι από το χρόνο έναρξης ισχύος του ΠΔ 71/2019, ήτοι στις 3.7.2020 έως τις 31.12.2020 οι υποβληθείσες στην υπηρεσία του ΜΕΕΠ αιτήσεις για εγγραφή, μεταβολή και διατήρηση στο ΜΕΕΠ εξετάζονται σύμφωνα με το προϋσχύσαν καθεστώς. Ακολούθως, σύμφωνα με το άρθρο 144 του Ν. 4764/2020 παρ. 4 και 5 προβλέφθηκε ότι για το χρονικό διάστημα από 1η Ιανουαρίου 2021 μέχρι και την 1η Σεπτεμβρίου 2021 η ενημερότητα πτυχίου για εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι καταταγμένες στις τάξεις 3η έως 7η εξακολουθεί να εκδίδεται, σύμφωνα με τα ισχύοντα μέχρι την 3η Ιουλίου 2019, ενώ οι Βεβαιώσεις εγγραφής - πτυχία που εκδόθηκαν μετά την 3η.7.2019 και είναι σε ισχύ έως την 31.12.2020, παρατείνονται αυτοδίκαια έως την 1η.9.2021, εφόσον πληρούνται οι προϋποθέσεις του νομοθετικού πλαισίου που ίσχυε έως και τις 2.7.2019.

Τα ανωτέρω άλλωστε επιβεβαιώνονται και με τις εγκυκλίους υπ' αρ. Δ24 (αρ. πρωτ. ...) και ΕΓΚ 1/2021 του ... δυνάμει των οποίων επιβεβαιώνεται ότι για το διάστημα από 3/7/2019 έως και 1/9/2021 οι βεβαιώσεις εγγραφής στο ΜΕΕΕΠ των εργοληπτικών επιχειρήσεων που είναι καταταγμένες στις τάξεις 3η έως 7η εξακολουθούν να διέπονται από τις ισχύουσες διατάξεις του ν. 3669/2008. **Από την αδιάστικτη γραμματική διατύπωση, συστηματική και τελεολογική ερμηνεία των ως άνω διατάξεων, σε συνδυασμό με τις χρηματοοικονομικές απαιτήσεις του άρθρου 22.Γ. της Διακήρυξης, προκύπτει ρητά ότι για την πλήρωση του κριτηρίου της Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής επάρκειας λαμβάνονται υπόψη οι δείκτες βιωσιμότητας που ορίζονται στο άρθρο 100 παρ. 8 ii του ν. 3669/08 ως ισχύει, ήτοι οι δείκτες βιωσιμότητας για επιχειρήσεις που κατατάσσονται στις τάξεις τέταρτη, πέμπτη, έκτη και έβδομη τάξη.** Ως εκ τούτου, εφόσον μία εργοληπτική επιχείρηση είναι εγγεγραμμένη στην 4η, 5η, 6η ή 7η Τάξη ΜΕΕΠ κατά τεκμήριο καλύπτει τους εν λόγω δείκτες βιωσιμότητας, παρ' όλα αυτά όφειλε στο σχετικό πεδίο του ΕΕΕΣ, να δηλώσει ρητώς ότι πληροί τους δείκτες αυτούς και να αναφέρει στο δεύτερο πεδίο με τίτλο «η αντίστοιχη αξία» τουλάχιστον τη βεβαίωση εγγραφής στο ΜΕΕΠ, εφόσον κάλυπτε τους ζητούμενους δείκτες, όπως αυτή ίσχυε κατά το χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ, άλλως να αναφέρει ρητώς τους δείκτες, οι οποίοι θα έπρεπε να καλύπτουν τις ζητούμενες τιμές. Σε συνδυασμό δε με τις απαιτήσεις τεχνικής ικανότητας του όρου 22.Δ της Διακήρυξης και την απαιτούμενη στελέχωση προκύπτει ότι δικαίωμα συμμετοχής είχαν εταιρείες εγγεγραμμένες στην 5η τάξη ΜΕΕΠ για τις καλούμενες κατηγορίες έργων και συνεπώς η αναφορά στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ της τυχόν εν ισχύ βεβαίωσης 5ης τάξης ΜΕΕΠ και άνω θα κάλυπτε τις ζητούμενες απαιτήσεις χρηματοοικονομικής επάρκειας, και τούτο διότι από το πλέγμα του κανονιστικού πλαισίου που διέπει τον επίμαχο διαγωνισμό προκύπτει ότι από 03.7.2019 έως 01.09.2021 εξακολουθούν να ισχύουν οι βεβαιώσεις εγγραφής που είχαν εκδοθεί με βάση το προγενέστερο του ΠΔ 71/2019 καθεστώτος. [...]».

6. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, η ασκηθείσα 1^η Παρέμβαση («...») κατατέθηκε εμπρόθεσμα (11.08.2021), ήτοι, οχτώ (08) ημέρες μετά την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής στις 03.08.2021 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω Προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Απόφασης, με την οποία έγινε δεκτή η οικονομική της προσφορά και αναδείχθηκε πρώτη σε σειρά μειοδοσίας. Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, η ασκηθείσα δεύτερη Παρέμβαση («...»), κατατέθηκε εμπρόθεσμα (13.08.2021), ήτοι, δέκα (10) ημέρες μετά την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής στις 03.08.2021 στους λοιπούς προσφέροντες, σκοπεί δε στην απόρριψη της εν λόγω Προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Απόφασης, με την οποία έγινε δεκτή η οικονομική προσφορά της (2^η σε σειρά μειοδοσίας). Ως εκ τούτου, ασκείται παραδεκτώς και πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω, κατ' ουσίαν από την Αρχή.

7. Επειδή, στην ασκηθείσα Παρέμβασή της η πρώτη παρεμβαίνουσα («...»), υποστηρίζει, μεταξύ άλλων, τα εξής: «...Σημειούται, δε ότι η εταιρεία μας έχει αδιάλειπτη 48ετή λειτουργία και κατασκευαστική πορεία. Διαθέτει ειδική εμπειρία στην εκτέλεση κτιριακών έργων και έργων υποδομών, όπως το δημοπρατούμενο και μεγάλη κατασκευαστική εμπειρία στην εκτέλεση εκατοντάδων κτιριακών έργων και έργων υποδομής, όπως αυτά που περιλαμβάνονται στο αντικείμενο του διαγωνισμού (βλ. όλως ενδεικτικά στην ιστοσελίδα της εταιρείας παράθεση μερικών εκ των έργων). Στην πολυετή δε κατασκευαστική της εμπειρία δεν έχει υπάρξει ούτε μία φορά που δεν έχει ολοκληρώσει, και παραδώσει άρτια, έντεχνα και εμπρόθεσμα κατασκευασθέν έργο, λειτουργεί δε λαμβάνοντας υπόψη όλους τους κανόνες εταιρικής διακυβέρνησης για την άρτια, έντεχνη και εμπρόθεσμη εκτέλεση έργων, την

υποβολή κοστολογημένων και ορθολογικών προσφορών και την αποκόμιση προσόδων από την εκτέλεση αυτών. Όπως δε θα εκτεθεί και θα αποδειχθεί κατωτέρω, η υποβληθείσα από εμάς οικονομική προσφορά, είναι απολύτως κερδοφόρα για την εταιρεία μας, και δεν δύναται να γεννήσει σε οιονδήποτε την παραμικρή υπόνοια υποβολής ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς. Αντίθετα, η υποβολή ιδιαίτερα χαμηλών εκπτώσεων από μερίδα των διαγωνιζομένων, και δη σε επίπεδα που εμφανίζονται συγκεκριμένες οικονομικές προσφορές ως κερδοσκοπικές, δημιουργεί σαφείς υπόνοιες μη επιτρεπτής εναρμόνισης μερίδας διαγωνιζομένων και καρτελικής σύμπραξης αυτών. Ειδικότερα:

Επόμενες στη σειρά του πίνακα μειοδοσίας, μετά την εταιρεία που προσέφερε έκπτωση 31,61%, κατετάγησαν:

Η ένωση οικονομικών φορέων «...» με ποσοστό 30,52%

Η προσφεύγουσα με έκπτωση: 10,54%

Η κοινοπραξία ...: 7,20%

Η εταιρεία: 6,99%. Σημειούται ότι η προσφορά της ... 1%, δεν λογίζεται ως αληθής υποβληθείσα προσφορά, καθόσον δεν υποβλήθηκε εγγυητική επιστολή συμμετοχής, δεν υποβλήθηκε ΕΕΕΣ, ενώ και η οικονομική προσφορά δεν ήταν ψηφιακά υπογεγραμμένη. [...]

1. Απαράδεκτο το αίτημα της προδικαστικής προσφυγής περί αποκλεισμού της προσφοράς μας το πρώτον από την ΑΕΠΠ.

Η αιτούσα, αφού προηγουμένως «επιχειρηματολογεί» για το δήθεν «ασυνήθιστα χαμηλό» της προσφοράς μας, ζητώντας να ακυρωθεί η παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να ζητήσει διευκρινίσεις ως προς το ύψος των οικονομικών προσφορών», εν συνεχεία αιτείται τον αποκλεισμό της προσφοράς μας ως ασυνήθιστα χαμηλή, ζητώντας από την Αρχή σας, να υποκαταστήσει τη διοίκηση όχι μόνο στην κρίση περί της «εξωτερικής» εμφάνισης της προσφοράς «ασυνήθιστα χαμηλής» αλλά και ως προς την κρίση ουσίας του προσφερόμενου ποσοστού έκπτωσης, ήτοι ζητά από την ΑΕΠΠ να κρίνει το ύψος της έκπτωσής μας και την κερδοφορία αυτής, χωρίς να έχει διατυπωθεί θέση της αναθέτουσας αρχής, χωρίς να έχουμε κληθεί σε διευκρινίσεις και χωρίς να έχουμε παράσχει τέτοιες προς την αναθέτουσα αρχή Τυχόν αποδοχή του εν λόγω αιτήματος της

προσφεύγουσας και η διατύπωση πρωτόλειας κρίσης περί του δήθεν αποκλειστέου ή μη της προσφοράς μας ως «ασυνήθιστα χαμηλής», θα ισοδυναμούσε με ανεπίτρεπτη υποκατάσταση της διοίκησης καθ' υπέρβαση της καθ' ύλη αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ [ΕΑ ΣΤΕ 54/2018), ιδίως όταν, όπως παγίως γίνεται δεκτό, η αναθέτουσα αρχή δια της απόφασής της έκρινε ότι η προσφορά μας όχι μόνο δεν παρίσταται ασυνήθιστα χαμηλή, αλλά είναι παραδεκτή και κερδοφόρα, και πληροί τα κριτήρια ανάθεσης προς όφελος του δημοσίου συμφέροντος. Το απαράδεκτο δε του αιτήματος της προσφυγής περί απόρριψης της προσφοράς μας καταδεικνύεται ευθαρσώς από την διάταξη του άρθρου 367 παρ. 2. Του Ν. 4412/2016, το οποίο ορίζει «Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια.». Η προσφεύγουσα στρέφεται κατά φερόμενης παράλειψης της αναθέτουσας αρχής να αιτηθεί δήθεν διευκρινίσεων από εμάς. Ανεξαρτήτως βασιμότητας των αυθαίρετων αιτιάσεων της, ακόμη και υπό την απίθανη εκδοχή ότι ήθελε ακυρωθεί η φερόμενη παράλειψη, τούτο δεν άγει σε αποκλεισμό μας κατά την διάταξη του άρθρου 367 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, αλλά σε αναπομπή του θέματος στη διοίκηση. Συναφώς, το σχετικό αίτημα επάλληλο αίτημα της προσφυγής προβάλλεται απαραδέκτως.

2. Απολύτως αβάσιμο των αιτιάσεων της προσφεύγουσας περί του ασυνήθιστα χαμηλού της προσφοράς μας.

Η αντίδικος, στις σελίδες 9 έως και 14 της προδικαστικής προσφυγής της προβαίνει σε συστηματική παρερμηνεία του νομοθετικού πλαισίου, παραγνωρίζοντας τις προβλέψεις της διακήρυξης προκειμένου να υποστηρίξει ότι δήθεν υπάρχει «ένδειξη» υποβολής ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς. Καταρχήν επισημαίνουμε τα εξής:

Το νομοθετικό πλαίσιο που διέπει το διαγωνισμό, και δη το άρθρο 88 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει πριν την θέση σε ισχύ του άρθρου 32 του Ν. 4782/2021, και η κοινοτική οδηγία 2014/24/ΕΕ δεν καθορίζουν μέθοδο υπολογισμού των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, ενώ ταυτόχρονα δεν έχει

εκδοθεί εγκύκλιος του ... για την εξειδίκευση των όρων χαρακτηρισμού οικονομικής προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής (έχει συνταχθεί μόνο προσχέδιο εγκυκλίου). Αυτά είναι αδιαμφισβήτητα και έχουν κριθεί σύμφωνα με την πλούσια νομολογία των ελληνικών Δικαστηρίων (βλ. ΕΑ ΣτΕ 12/2020-σχετ. αρ. 1 και εκεί αναφορές). Συγκεκριμένα, όπως έχει κριθεί με την προαναφερθείσα απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ, αναφορικά με την εφαρμογή του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016, «Επομένως, μόνον εφόσον προκύπτουν πράγματι τέτοιες αμφιβολίες, οφείλει η αναθέτουσα αρχή να ζητήσει τις διευκρινίσεις που θεωρεί ενδεδειγμένες ως προς τη σύνθεση της προσφοράς, προτού, ενδεχομένως, την απορρίψει. Αντιθέτως, σε περίπτωση κατά την οποία η προσφορά δεν φαίνεται ασυνήθιστα χαμηλή, το άρθρο αυτό δεν εφαρμόζεται»

Η αντίδικος, επιχειρεί να χρησιμοποιήσει ως «ένδειξη υπόνοιας» την τροποποίηση, μετά την 01.06.2021, του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016, και δη την προσθήκη της παραγράφου 5α σε αυτό, η οποία εισήχθη με το άρθρο 32 του Ν. 4782/2021, του οποίου η ισχύς ξεκίνησε από την 01.06.21 και ένθεν, σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 142 του Ν. 4782/2021 και η οποία δεν καταλαμβάνει τον υπόψη διαγωνισμό. **Προκειμένου να το πράξει αυτό, η προσφεύγουσα αγνοεί τρία βασικά στοιχεία:**

(α) ότι η διακήρυξη δημοσιεύθηκε την 26.05.2021 και διέπεται από το άρθρο 88 του Ν. 4412/2016, όπως αυτό ίσχυε τότε, και δεν προβλέπει καμία μεθοδολογία τεκμαρτού εντοπισμού αποκλίσεων,

(β) ότι η κανονιστικώς δρώσα αναθέτουσα αρχή, ακολούθησε επ' ακριβώς την πρόβλεψη του άρθρου 88 του Ν. 4412/2026, όπως ίσχυε πριν την 01.06.2021, προβλέποντας στην υποσημείωση 12 της διακήρυξης ότι "Επισημαίνεται ότι αν η αναθέτουσα αρχή θεωρήσει ότι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές, απαιτεί από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας, κατά ανώτατο όριο δέκα ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης. Στην περίπτωση αυτή εφαρμόζονται τα άρθρα 88 και 89 του ν. 4412/2016 ", χωρίς να υιοθετήσει

την νέα πρόβλεψη της παραγράφου 5α που εισήχθη με το άρθρο 32 του ν. 4784/21, και χωρίς να ενσωματώσει στις ρήτρες της, την επικαλούμενη από την αντίδικο «πρόβλεψη» για απόκλιση κατά δέκα (10) ποσοστιαίες μονάδες από το μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων, [όπως προβλέπει το νέο πρότυπο τεύχος της ΕΑΑΔΗΣΥ το οποίο στο άρθρο 4.1.η προβλέπει, μεθοδολογία διάγνωσης αποκλίσεων (βλ. <https://www.eaadhsy.gr/index.php/category-articles-gia-tous-foreis/17-cprotypa/620-anartisi-epikairopoiimenon-tefchon-diakiryxeon-ergon>)]. Ήτοι η κανονιστικώς δρώσα διοίκηση, ξεκάθαρα διατύπωσε, πως μόνο αν θεωρήσει η ίδια ότι φαίνεται ασυνήθιστα χαμηλή (και όχι απλώς χαμηλή) μία προσφορά, θα καλέσει σε διευκρινίσεις. **Η προσφεύγουσα, έχει προσχωρήσει ανεπιφύλακτα σε αυτή τη ρήτρα, και δεν δύναται εκ των υστέρων να επιχειρεί να παρερμηνεύσει τις ξεκάθαρες ρήτρες της διακήρυξης, που δεν προβλέπουν «τεκμαρτό» χαρακτηρισμό προσφορών, όταν σημειώνουν απόκλιση από το μέσο όρο.** Κατ' αυτό τον τρόπο, οι αιτιάσεις της αντιδίκου προβάλλονται απαραδέκτως, καθώς προσκρούουν στις ρήτρες της διακήρυξης, την οποία αποδέχθηκε ανεπιφύλακτα. (Υ) το ύψος της κάθε προσφοράς και ο χαρακτηρισμός του γίνεται βάση αντικειμενικών κριτηρίων και όχι βάσει των υποκειμενικών, αυθαίρετων και αόριστων κριτηρίων που κάθε ανταγωνιστής παραθέτει, τα οποία παγίως και ευλόγως εμπεριέχουν υστεροβουλία.

Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα, επιχειρεί να χαρακτηρίσει τις ομάδες εργασιών της προσφοράς μας, βάσει του δικού της «κόστους», όπως αυθαίρετα και κατ' εκτίμηση το καθορίζει. Τούτο δεν συνιστά, ούτε ειδικό, ούτε συγκεκριμένο ισχυρισμό βάσει ειδικών στοιχείων, που να χρήζει απάντησης, ούτε φυσικά είναι δεκτική απάντησης η υποκειμενική και εν πολλοίς αυθαίρετη «παραδοχή» της προσφεύγουσας, ότι το «κόστος του έργου» είναι αυτό που αυτή καθόρισε βάσει δικών της «προσφορών/στοιχείων» στην προδικαστική προσφυγή της.

Ειδικότερα, επί των ανωτέρω σημείων λεκτέα είναι τα εξής:

Α) Σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου της Ε.Ε. και των εθνικών δικαστηρίων, το εφαρμοστέο νομοθετικό καθεστώς και κανονιστικό πλαίσιο που

διέπει τη διεξαγωγή της διαδικασίας ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης είναι εκείνο που ισχύει κατά το χρόνο δημοσίευσης της οικείας διακήρυξης. Από την εν λόγω νομολογιακά διαμορφωθείσα γενική αρχή προκύπτει ότι τυχόν νομοθετικές ή κανονιστικές μεταβολές που ισχύουν, αφού έχουν εκκινήσει και ενώ ήδη εξελίσσονται διαδικασίες ανάθεσης, δεν επηρεάζουν τις διαδικασίες αυτές, εκτός αν έχουν ρητώς, αναδρομική ισχύ. Περαιτέρω, κατά πάγια νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων, το κανονιστικό πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας διαμορφώνεται από τη διακήρυξη και τα λοιπά διαγωνιστικά τεύχη (ΣΤΕ ΕΑ 352/2016) τα οποία δεσμεύουν τόσο την αναθέτουσα αρχή, όσο και τους συμμετέχοντες. Εν προκειμένω το θεσμικό πλαίσιο που διέπει τον υπό κρίση διαγωνισμό, είναι το ισχύον την 26.05.2021, ότε και αναρτήθηκε στο ΚΗΔΜΗΣ, ενώ την 27.05.21 δημοσιεύθηκε η διακήρυξη του υπόψη διαγωνισμού στον ελληνικό τύπο.

Συναφώς, το ισχύον νομοθετικό καθεστώς είναι αυτό που προδιαγράφεται στο άρθρο 88 του Ν. 4412/2016, πριν την τροποποίησή του με το άρθρο 32 του Ν. 4782/2021, το οποίο ορίζει ότι μόνο όταν φαίνονται στην αναθέτουσα αρχή ως ασυνήθιστα χαμηλές οι οικονομικές προσφορές, προσκαλεί η τελευταία σε διευκρινίσεις, κάποιον οικονομικό φορέα. Εν προκειμένω, η κανονιστικώς δρώσα αναθέτουσα αρχή, εφάρμοσε - απολύτως ορθά - ακολουθώντας και το σχετικό υπόδειγμα της ΕΑΑΔΗΣΥ το πρότυπο τεύχος, που προβλέπει πρόσκληση, μόνο όταν της φαίνεται κάποια προσφορά ως ασυνήθιστα χαμηλή. Οι δε αιτιάσεις της προσφεύγουσας και η επίκληση του άρθρου 88, όπως ισχύει μετά την 01.06.2021, μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 32 του Ν. 4782/21 είναι αβάσιμη.

Β) Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή έκρινε με την προσβαλλόμενη υπ' αρ. .../23.07.21 απόφαση του ..., με σαφή και κατηγορηματικό τρόπο, ότι «η προσφορά της [μας] είναι πλήρης, σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης και προσφέρει την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής», όπως αυτολεξεί αναφέρεται σε αυτή (βλ. σημείο 2, αποφασιστικού σκέλους απόφασης). Όπως δε παγίως γίνεται δεκτό, και έχει κριθεί υπό τις προβλέψεις του άρθρου 88 του Ν. 34412/2016, ως ισχύει εν προκειμένω, η

αναθέτουσα αρχή είναι αποκλειστικά αρμόδια να κρίνει περί του αν υφίστανται ενδείξεις ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών. Αν κρίνει ότι δεν υπάρχουν τέτοιες ενδείξεις, νομίμως δεν εφαρμόζεται το άρθρο 88 του Ν. 4412/2016. Συναφώς δε έχει κριθεί κατά την έννοια των διατάξεων του Ν. 4412/2016 και των Οδηγιών 2014/24/ ΕΕ και 2014/25/ΕΕ ότι «η διαπίστωση ότι μία προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, ανήκει, καταρχήν, στην αρμοδιότητα της Αναθέτουσας Αρχής [Δ.Ε.Κ. C-568/13, C- 285 και C-286/99] και η σχετική κρίση της ελέγχεται δικαστικώς μόνο ως προς την τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής της ευχέρειας, σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής (βλ. ΔΕφΑΘ 79/2020 - σχετ. αρ. 2 και εκεί παρατεθείσα νομολογία - Ε.Α.ΣτΕ 132/2016,197/2015 κ.α.)». **Περαιτέρω, παγίως και απαρέγκλιτα νομολογείται ότι η απόφαση της αναθέτουσας αρχής να μην προχωρήσει στη διαδικασία της πρόσκλησης σε αιτιολόγηση των οικονομικών προσφορών δεν χρήζει ειδικής αιτιολόγησης. Όπως ενδεικτικά αναφέρονται μεταξύ πολλών τα κάτωθι νομολογιακά δεδομένα:**

i) Διοικητικό Εφετείο Αθηνών 79/2020 (σχετ. 2) όπου έχει κριθεί: «σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά ανωτέρω, το Δικαστήριο, λαμβάνοντας υπόψη ότι η Αναθέτουσα Αρχή, ασκώντας τη διακριτική της ευχέρεια για την εκτίμηση των υποβληθεισών προσφορών σχετικά με τον ανωτέρω Διαγωνισμό, εξέδωσε την ως άνω απόφαση της Οικονομικής της Επιτροπής, κρίνει ότι αυτή δεν είχε την υποχρέωση, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στην 7η σκέψη, να παραθέσει ειδική αιτιολογία σε αυτή την απόφαση, σχετικά με την μη εκφορά κρίσης της περί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, εφόσον δεν θεωρούσε ότι συντρέχει τέτοια περίπτωση, παρά την υποβολή ενστάσεων από συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, ούτε από την προσβαλλόμενη απόφαση και τα λοιπά στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι υποβλήθηκαν συγκεκριμένα στοιχεία στην Οικονομική Επιτροπή που να δικαιολογούν, κατ' επίκληση και των στοιχείων της κοινής πείρας και λογικής, τα οποία λαμβάνονται υπόψη και αυτεπαγγέλτως από το Δικαστήριο, την ανάγκη προσφυγής στη διαδικασία του άρθρου 88 του ν. 4412/2016» ii) ΕΑ ΣτΕ 12/2020 - σκέψη 12 [σχετ. 1)«Κατόπιν τούτων, οι προβληθέντες με το από 24.9.2019 υπόμνημα ανωτέρω ισχυρισμοί της

αιτούσης, ως μη ουσιώδεις, δεν έχρηζαν απάντησης από την Οικονομική Επιτροπή, η οποία, κατά την αληθή έννοια της προσβαλλόμενης 2454/26.9.2019 (συνεδρίαση 45η, Θέμα 79ο) απόφασής της, ενέκρινε, κατά πλειοψηφία, το 1/24.7.2019 γνωμοδοτικό πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, αφού έκρινε ότι στο πλαίσιο της διακριτικής ευχέρειας που διαθέτει για τον χαρακτηρισμό οικονομικής προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής, κατ' εκτίμηση και των ισχυρισμών αυτών, ότι οι πληττόμενες οικονομικές προσφορές των τριών προτασόμενων της αιτούσης συνδιαγωνιζόμενων, με ποσοστά μείσης έκπτωσης 42,70% 31,57% και 27,05% δεν φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές, ως μη περιέχουσες, εκ πρώτης όψεως (*prima facie*), ενδείξεις περί του αντιθέτου, και ότι, συνακολούθως, δεν συνέτρεχε περίπτωση εφαρμογής του άρθρου 88 του ν. 4412/2016.»

ii) ΔΕΕ T-392/15, απόφαση 4ης Ιουλίου 2017 «*European Dynamics Luxembourg SA, Ευρωπαϊκή Δυναμική — Προηγμένα Συστήματα Τηλεπικοινωνιών Πληροφορικής και Τηλεματικής ΑΕ, European Dynamics Belgium SA κατά Οργανισμού Σιδηροδρόμων της Ευρωπαϊκής Ένωσης*», σκέψεις 92- 93: «Το περιεχόμενο της υποχρέωσης αιτιολογήσεως που υπέχει η αναθέτουσα αρχή στην περίπτωση που εκτιμά ότι η επιλεγείσα προσφορά δεν φαίνεται υπερβολικά χαμηλή είναι περιορισμένο, όπως προκύπτει από τους εκτεθέντες στη σκέψη 82 ανωτέρω κανόνες που διέπουν τις υπερβολικά χαμηλές προσφορές και, ειδικότερα, από το ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να προβεί μόνο σε μια εκ πρώτης όψεως εκτίμηση του υπερβολικά χαμηλού χαρακτήρα των προσφορών. Πράγματι, τυχόν υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να εκθέσει λεπτομερώς τους λόγους για τους οποίους ορισμένη προσφορά δεν φαίνεται, κατά την άποψή της, υπερβολικά χαμηλή δεν θα λάμβανε υπόψη τη διάκριση μεταξύ των δύο σταδίων της εξετάσεως την οποία προβλέπει το άρθρο 151 των κανόνων εφαρμογής. Ειδικότερα, όταν η αναθέτουσα αρχή επιλέγει ορισμένη προσφορά, δεν υποχρεούται να αναφέρει ρητώς, απαντώντας σε οποιοδήποτε αίτημα αιτιολογήσεως της υποβάλλεται δυνάμει του άρθρου 113, παράγραφος 2, του δημοσιονομικού κανονισμού, τους λόγους για τους οποίους η επιλεγείσα προσφορά δεν φαίνεται, κατά την άποψή

της, υπερβολικά χαμηλή. Πράγματι, εφόσον η αναθέτουσα αρχή επιλέγει την εν λόγω προσφορά, προκύπτει εμμέσως πλην σαφώς ότι αυτή έκρινε ότι δεν υπήρχαν ενδείξεις ότι ήταν υπερβολικά χαμηλή».

iv) Ελ Συν VI Τμήμα...: «Η έκταση της υποχρέωσης αιτιολόγησης την οποία υπέχει η αναθέτουσα αρχή σε περίπτωση που εκτιμά ότι η επιλεγείσα προσφορά δεν φαίνεται υπερβολικά χαμηλή είναι, περιορισμένη. Στο πλαίσιο αυτό, δεν υφίσταται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να εκθέτει λεπτομερώς τους λόγους για τους οποίους ορισμένη προσφορά δεν φαίνεται, κατά την άποψή της υπερβολικά χαμηλή. Ως εκ τούτου, όταν η αναθέτουσα αρχή επιλέγει την πρώτη κατά σειρά μειοδοσίας προσφορά, δεν υποχρεούται να αναφέρει ρητώς τους λόγους για τους οποίους η εν λόγω προσφορά δε φαίνεται, κατά την άποψη της, υπερβολικά χαμηλή. Συγκεκριμένα εφόσον η εν λόγω προσφορά επιλεγεί από την αναθέτουσα αρχή συνάγεται εμμέσως πλην σαφώς ότι αυτή εκτίμησε ότι δεν υπήρχαν ενδείξεις ότι η εν λόγω προσφορά είναι υπερβολικά χαμηλή. Συνακόλουθα; στην περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή δεν προβεί σε εκτίμηση με ρητή κρίση αυτής ότι κατά τη διενεργηθείσα διαγωνιστική διαδικασία δεν υποβλήθηκαν ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, δεν υφίσταται υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής της ευχέρειας (βλ. Ε.Σ. Ε' Κλ. 468, 471/2018, πρβ. VI Τμ. 1345/2018, 2028/2017)».

Εν προκειμένω, η εταιρεία μας προσέφερε ένα απολύτως συνηθισμένο, εύλογο και κερδοφόρο ποσοστό έκπτωσης, που απείχε μόλις 1,09% ποσοστιαία μονάδα από την προσφορά του επόμενου στη σειρά μειοδοσίας οικονομικού φορέα. Η αναθέτουσα αρχή, έκρινε απολύτως παραδεκτή, εύλογη, συμφέρουσα και πληρούσα την οικονομική προσφορά μας, όπως ευθαρσώς ανέγραψε στην απόφασή της, επέλεξε την προσφορά μας ως πρώτη στη σειρά μειοδοσίας, ως είχε αποκλειστική αρμοδιότητα και ουδεμία ειδική αιτιολογία δεν έχρησε η απόφασή της αυτή. Σημειούται άλλωστε, ότι ο πίνακας μειοδοσίας με τα ποσοστά έκπτωσης είχε κοινοποιηθεί μέσω του ηλεκτρονικού τόπου διαγωνισμού, σε όλους τους συμμετέχοντες ήδη από την 05.07.21 και ουδείς είχε εκφράσει οιαδήποτε «άποψη», περί ασυνήθιστης έκπτωσης, διότι δεν υφίστατο τέτοια.

Από τα ως άνω προκύπτει σαφώς, πως η αναθέτουσα αρχή, ενεργώντας εντός του κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης, απολύτως νόμιμα έκρινε ότι η προσφορά μας πληροί τις απαιτήσεις της διακήρυξης, είναι η πλέον συμφέρουσα και παραδεκτώσ μας ανακήρυξε προσωρινούς μειοδότες. Δεν έχρηζε δε κατά τα παγίως κρατούντα της παραμικρής αιτιολόγησης η πράξη της αυτή, η οποία κείται εντός των ορίων αρμοδιότητάς και ευχέρειάς της. Σημειούται δε, όπως θα εκτεθεί κατωτέρω, ότι η προσφορά μας και η έκπτωσή μας κινείτο στα απολύτως συνήθη και εύλογα όρια εκπτώσεων, στα οποία έχουν ανατεθεί αντίστοιχα έργα, και μάλιστα ήταν χαμηλότερη των εκπτώσεων που παράσχονται σε παρεμφερείς διαγωνισμούς, αεροδρομίων, κτιριακών έργων και έργων υποδομής. Επομένως, η αναθέτουσα αρχή δεν όφειλε να αιτιολογήσει την απόφασή της να μην προσφύγει στην διαδικασία των άρθρων 88-89 Ν 4412/2016.

Περαιτέρω σημειούται, ότι ουδεμία αντίρρηση ή Υπόμνημα δεν υποβλήθηκε ενώπιον της αναθέτουσας αρχής από την 05.07.21 (ότε και αναρτήθηκε ο πίνακας με τα ποσοστά εκπτώσεων) έως και την 23.07.21 (ότε και κοινοποιήθηκε η απόφαση ανάδειξης προσωρινού μειοδότη), από την προσφεύγουσα, η οποία διατείνεται ότι υπήρχαν δήθεν ενδείξεις ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών από τις δήθεν «αποκλίσεις» μεταξύ των προσφορών των διαγωνιζομένων, και υφίστατο δήθεν ανάγκη «αιτιολόγησης» από την αναθέτουσα αρχή. Αφήνοντας άνευ σχολιασμού τις «αληθιείς» ως προς τις ποσοστιαίες αποκλίσεις στις οποίες αναφέρεται η προσφεύγουσα, επισημαίνουμε τα αυτονόητα. Η οικονομική προσφορά μας απείχε μόλις 1,09% από την επόμενη στη σειρά μειοδοσίας, και 14,28% από το μέσο όρο. Δεν απείχε ούτε 42%, ούτε 31%, όπως προς δημιουργία σύγχυσης και εσφαλμένων εντυπώσεων διατείνεται η προσφεύγουσα στην σελίδα 15 της προσφυγής της. Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα αρχή κινήθηκε εντός των ορίων (πολλώ δε μάλλον, των άκρων ορίων) της σχετικής διακριτικής ευχέρειάς της ασκώντας της αρμοδιότητα που της επιφυλάσσει η διακήρυξη και ο νόμος. Όπως θα εκτεθεί και κατωτέρω, σε αντίστοιχα έργα, που έχουν ήδη εκτελεστεί άρτια και εμπρόθεσμα, και αφορούν αμιγώς αεροδρόμια, έχουν παρασχεθεί εκπτώσεις της τάξεως του

37,52%, 36,92%, 40,72%, 44,43%, ενώ σε έργα υποδομής, όπως αυτά που περιλαμβάνονται στα επιμέρους υποέργα του δημοπρατηθέντος αντικειμένου, οι εκπτώσεις υπερβαίνουν το φάσμα 40%-48%. Ήτοι, είναι κατά πολύ υψηλότερες της προσφερθείσας από μέρους μας έκπτωσης. Συνεπώς, η οικονομική μας προσφορά δεν παρίστατο - και δεν ήταν - καν χαμηλή (πολλώ δε μάλλον «ασυνήθιστα», όπως απαιτεί ο νόμος. Αυτονοήτως δε δεν πληρούτο καν η απαίτηση του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016, που περιγράφει εμφάνιση «ασυνήθιστα χαμηλής» και ούτε καν χαμηλής οικονομικής προσφοράς. Με άλλα λόγια, η οικονομική μας προσφορά ήταν παραπάνω από συνηθισμένη και αναμενόμενη. Επιπρόσθετα, η οικονομική μας προσφορά εκτός από απολύτως λογικό ποσοστό έκπτωσης, είναι απολύτως κερδοφόρα, και είναι αισθητά χαμηλότερη από τις συνήθεις εκπτώσεις που έχουν παρασχεθεί σε παρεμφερείς διαγωνισμούς.

Ειδικότερα στα κάτωθι έργα υποδομών αεροδρομίων, αυτά έχουν ανατεθεί και έχουν ολοκληρωθεί άρτια, έντεχνα και εμπρόθεσμα με τις εξής εκπτώσεις :

(α) στο έργο με τίτλο **«Επέκταση αεροσταθμού, λοιπές βοηθητικές εγκαταστάσεις και διαμόρφωση περιβάλλοντος χώρου στον»**, το οποίο αναλήφθηκε από την εταιρεία ..., η προσφερθείσα από αυτή έκπτωση ανήλθε σε 44,43%. Σημειώνεται δε, ότι η συγκεκριμένη εταιρεία, θεωρούσε προφανώς ιδιαίτερα συμφέρουσα και χαμηλή την έκπτωσή της, καθώς, όπως προκύπτει και από την αναρτημένη στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ υπ' αρ. ...πράξη ανάθεσης, ανέλαβε το συγκεκριμένο έργο, αφού - δια δικαστικού αγώνα-, απέκλεισε προηγουμένως δικαστικά την αρχικά αναδειχθείσα μειοδότη, που είχε προσφέρει έκπτωση 48,48%.

(β) στο έργο με τίτλο **«Νέο πεδίο ελιγμών ...»**, το οποίο αναλήφθηκε από την εταιρεία «...» (του ομίλου ...) με προσφερθείσα έκπτωση ύψους 37,52% . Όπως δε προκύπτει από την αναρτημένη στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ υπ' αρ. ... /α/23/2012 απόφαση ανάθεσης, ο 2ος στη σειρά μειοδοσίας προσέφερε έκπτωση 36,65% και ο 3ος στη σειρά μειοδοσίας έκπτωση 32,70%.

(γ) στο έργο με τίτλο «**Επέκταση δαπέδου στάθμευσης αεροσκαφών και νέου συνδετήριου τροχοδρόμου στον ...**», το οποίο αναλήφθηκε από την εταιρεία, το οποίο αναλήφθηκε με έκπτωση 36,92%, όπως προκύπτει από την αναρτημένη στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ υπ' αρ. ... απόφαση ανάθεσης,

(δ) στο έργο με τίτλο «**Νέο κτίριο αεροσταθμού και διαμόρφωση περιβάλλοντα χώρου στο ...**», το οποίο αναλήφθηκε από την εταιρεία «...», με έκπτωση 40,72%, όπως προκύπτει από την αναρτημένη στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ, υπ' αρ. πρωτ. ... πράξη ανάθεσης.

Σε παρεμφερή έργα κτιριακά και υποδομής, με τα έργα που δημοπρατούνται εν προκειμένω, σε διαγωνισμούς όπου έχουν συμμετάσχει περισσότερες καλούμενες τάξεις του ΜΕΕΠ, πλην της τάξης ΜΕΕΠ της προσφεύγουσας (7ης) έχουν παρασχεθεί οι εξής εκπτώσεις (παρατίθενται η μεγίστη προσφερθείσα έκπτωση, και οι αντίστοιχες εκπτώσεις της προσφεύγουσας και των λοιπών συμμετεχόντων 7ης τάξης): [...]

Από τα ως άνω προκύπτει εναργώς, ότι όχι μόνο υπόνοια χαμηλής ή ασυνήθιστα χαμηλής από μέρους μας έκπτωσης δεν υπάρχει, αλλά η προσφορά μας είναι απολύτως συνήθης και εύλογη, η προσφερθείσα έκπτωση απολύτως αναμενόμενη, και η οικονομική μας προσφορά, κερδοφόρα. Ως εκ τούτου, ούτε υπόνοια, ούτε ένδειξη ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς υπήρχε, ούτε ανάγκη πρόσκλησης σε παροχή διευκρινίσεων, όπως αβάσιμα διατείνεται η προσφεύγουσα. [...] Η ίδια η προσφεύγουσα, έστω και εσφαλμένα, θεωρεί ότι (κατά την άποψή της) το τεχνικό κόστος του έργου ανέρχεται στο ποσό των 21.908.981,90€ (βλ. παρ. 9.4 σελίδα 18 της προδικαστικής προσφυγής). Εκτιμά δε - κατά την μεθοδολογία που «αναπτύσσει» η ίδια ότι, στο ανωτέρω τεχνικό κόστος του έργου θα πρέπει να προστεθεί - βάσει της εγκυκλίου 9/2017 - ποσοστό γενικών εξόδων 15,50% για να προκόψει ο συνολικός προϋπολογισμός προσφοράς μηδενικού κέρδους: $P2 = 21.908.981,90\text{€} + 15,50\% = 25.304.874,09\text{€}$ (βλ. σελίδα 18 της προδικαστικής προσφυγής). Βάσει των ανωτέρω υπολογισμών της προσφεύγουσας, το προσδοκώμενο κέρδος του έργου είναι μηδενικό (δηλαδή το έργο «μηδενίζει») όταν η μέση έκπτωση $E_m = (Σ2 - P2) / Σ2 = 21,84\% \text{ (} (32.372.584,28\text{€} - 25.304.874,09\text{€}) / 32.372.584,28\text{€} \text{)}$.

Επομένως η προσφεύγουσα, η οποία εν προκειμένω έδωσε μέση έκπτωση $E_m = 10,54\%$, εις βάρος του δημοσίου συμφέροντος, προσβλέπει σε υπερβολικό ποσοστό κέρδους (τουλάχιστον) ίσο με $11,30\% = 21,84\% - 10,54\%$, κατά τη δική της - αυθαίρετη- μεθοδολογία υπολογισμού. [...]

Γ) Όπως παγίως γίνεται δεκτό, για να υπάρξει υποχρέωση ειδικής αιτιολογίας από μέρους της αναθέτουσας αρχής, θα πρέπει να προβληθούν ενώπιον της ειδικοί και συγκεκριμένοι ισχυρισμοί που να γεννούν **υποχρέωση αιτιολογημένης απαντήσεως**.

Στη συγκεκριμένη περίπτωση, πέραν του γεγονότος ότι η προσφεύγουσα ουδέποτε υπέβαλλε οιονδήποτε ισχυρισμό ενώπιον της αναθέτουσας αρχής περί ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς μας, μολονότι, όπως μνημονεύεται και στην προσβαλλόμενη απόφαση (βλ. σημείο 19 αυτής), ο πίνακας μειοδοσίας με τα ποσοστά εκπτώσεων αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό χώρο του διαγωνισμού την 05.07.21, και είχε τη δυνατότητα δια Υπομνήματος να θέσει ειδικούς ισχυρισμούς, υπέβαλλε το πρώτον, αβάσιμους, αόριστους, υποκειμενικούς και απολύτως ατεκμηρίωτους ισχυρισμούς περί του ασυνήθιστα χαμηλού της προσφοράς μας ενώπιον της ΑΕΠΠ (με ότι αυτό συνεπάγεται ως προς το παραδεκτό της προβολής αυτών ενώπιον της ΑΕΠΠ και της περίληψης στην προδικαστική προσφυγή ζητήματος περί την αιτιολογία (;) της προσβαλλομένης απόφασης).

Ειδικότερα, όπως παγίως γίνεται δεκτό, υποχρέωση ειδικής αιτιολογίας ανακύπτει μόνο αν προβάλλονται από άλλον διαγωνιζόμενο ειδικοί και συγκεκριμένοι ισχυρισμοί περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών (βλ ΕΑ ΣτΕ 132/2016, 1425/2005). Αν οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί είναι αόριστοι και αναπόδεικτοι, νομίμως απορρίπτονται σιωπηρώς - χωρίς ειδική αιτιολογία (βλ. ΕΑ ΣτΕ 702/2008). Παγίως κρίνεται ότι δεν αποτελούν ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς οι εκτιμήσεις και η κοστολόγηση του έργου, σύμφωνα με την οικονομική προσφορά του προσφεύγοντος, ήτοι επί τη βάση υποκειμενικών στοιχείων. Έτσι έχει κριθεί με την υπ' αρ. ΕΑ ΣΤΕ .../2020 (σκέψη 12) ότι «Ενόψει αυτών, οι κατ' επίκληση των ως άνω στοιχείων ισχυρισμοί της αιτούσης ερείδονται στην κοστολόγηση της δικής της οικονομικής

προσφοράς σε σύγκριση και με τις τιμές του προϋπολογισμού, η οποία ανάγεται σε οικονομοτεχνικούς παράγοντες διαμόρφωσής της επί τη βάσει ιδίων οικονομικών και λοιπών δεδομένων, και, ως εκ τούτου, δεν συνιστούν ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς περί του ασυνήθιστα χαμηλού των οικονομικών προσφορών που προηγούνται της, καταταγείσης τελευταίας, προσφοράς της.».

Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα προβαίνει σε μία παντελώς αυθαίρετη, γενική και αόριστη παράθεση στοιχείων κοστολόγησης της προσφοράς μας επί τη βάση φερόμενων προσφορών που έχει λάβει η ίδια. Παρουσιάζει η ίδια στη σελίδα 18 της προσφυγής της έναν πίνακα, όπου στην 4η στήλη αυτού, υπό τον τίτλο «ΚΟΣΤΟΣ», έχει αυθαίρετα προσδιορίσει το φερόμενο κόστος του έργου, το οποίο κατά τις δηλώσεις της, το έχει εξαγάγει από τη χρήση 140 άρθρων επί συνόλου 1.319 άρθρων τα οποία κατά την άποψή της αντιπροσωπεύουν το 68% του έργου, και τα οποία - φερόμενα στοιχεία - χρησιμοποιεί για να υπολογίσει και το κόστος του υπολοίπου 32% του έργου (βλ. σελ. 17-18 προδ. Προσφυγής, παρ. 9.4). Η συγκεκριμένη μεθοδολογία, πέραν από υποκειμενική και ακατάληπτη είναι και απολύτως αυθαίρετη και τεχνικά αβάσιμη. Πολλώ δε μάλλον το συμπέρασμα ότι δήθεν η προσφορά μας είναι ζημιογόνος κατά 3.387.013,043 ευρώ είναι εκτός πραγματικότητας και αγγίζει τα όρια της φαντασίας.

Καταρχήν επί του καταφανώς υποκειμενικού και αυθαίρετου τρόπου υπολογισμού του κόστους του έργου και των καταφανώς σκόπιμων σφαλμάτων της μεθοδολογίας της προσφεύγουσας επισημαίνουμε τα εξής:

-Το 32% των ομάδων εργασιών για τις οποίες δεν αναφέρει το παραμικρό η προσφεύγουσα, περιέχουν τα μεγαλύτερα περιθώρια κέρδους. Η προσφεύγουσα, ωστόσο, όπως ευθαρσώς δηλώνει, το «κόστος» το προσδιόρισε βάσει εκτιμήσεων της σε δείγμα 140 άρθρων επί συνόλου 1.319 άρθρων του τιμολογίου, που κατά την άποψή της καλύπτουν το 68% της αξίας του έργου (βλ. σελ. 17, παραγ. 9.4 προδικαστικής προσφυγής) και όχι στο σύνολο των εργασιών

- η ανάλυση της προσφεύγουσας ερείδεται σε δικό της αυθαίρετο δείγμα και εκτιμήσεις, βάσει των δικών της προσφορών υπερβολάβων - προμηθευτών

της, όπως δηλώνει στη σελίδα 18 προσκομίζοντας ατάκτως ειρημένες (χύδην) ως σχετικό 1 και άνευ οιασδήποτε επεξήγησης δικές της προσφορές υπεργολάβων-προμηθευτών της.

- Η επίκληση από μέρους της προσφεύγουσας (σελ. 19 προδικαστικής προσφυγής) της Εγκυκλίου 9/2021 για τα αποδεκτά ποσοστά κέρδους, τα γενικά έξοδα και το εργολαβικό όφελος, είναι απολύτως εσφαλμένη και δεν τυγχάνει της παραμικρής εφαρμογής. Κατ' αρχάς, η υπ' αριθμόν ... Εγκύκλιος του ... με θέμα: «Παροχή διευκρινήσεων σχετικά με το άρθρο 53 παρ 7 περ θ (Γενικά Έξοδα & Εργολαβικό Όφελος) του Ν 4412/2016», με βάση την οποία η προσφεύγουσα επιχειρεί να τεκμηριώσει τα γενικά έξοδα, το εργολαβικό όφελος και το κέρδος του έργου, αφορά στον τρόπο κατάρτισης των προϋπολογισμών δημοπράτησης (και ουδεμία σχέση έχει με την διαδικασία των αιτιολογήσεων), προβλέπει διάφορες περιπτώσεις έμμεσου κόστους του κάθε έργου και καθορίζει ένα συγκεκριμένο ποσοστό επί του προϋπολογισμού δημοπράτησης για κάθε μία από αυτές. Η εν λόγω Εγκύκλιος δεν έχει δεσμευτικό χαρακτήρα ούτε ΚΑΝ και επί του θέματος για το οποίο εκδόθηκε (πολλώ δε μάλλον για το άσχετο ζήτημα της αιτιολόγησης των προσφορών). Όπως αναφέρεται στο ίδιο το σώμα της, «πρόκειται για μία πρώτη αδρή προσέγγιση για την κατανομή των επιμέρους ποσοστών του έμμεσου κόστους του έργου δηλαδή των Γενικών Εξόδων και του Εργολαβικού Οφέλους, που έγινε με βάση κάποιες μέσες συνθήκες, δηλαδή έργο προϋπολογισμού της τάξεως 1.000.000, συμβατικής διάρκειας 12 μηνών». Επομένως (όπως προσφάτως έγινε δεκτό και δια της 28ης σκέψεως της υπ' αριθμόν .../2019 αποφάσεως της ΑΕΠΠ), οι συντελεστές κόστους που αναφέρονται στην ανωτέρω Εγκύκλιο δεν είναι υποχρεωτικοί, ούτε και οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υπολογίσουν το έμμεσο κόστος του έργου με βάση αυτούς. Πρωτίστως όμως, η χρήση της υπόψη Εγκυκλίου καταδεικνύει τον ακραία υποκειμενικό (και εντεύθεν αόριστο) χαρακτήρα της κοστολογήσεως του έργου από την προσφεύγουσα.

- Στην ακολουθούμενη από την προσφεύγουσα μεθοδολογία, δεν υπάρχει καμία κοστολογική ανάλυση της εργατικής δαπάνης, της δαπάνης ασφαλιστικών εισφορών, κόστους έκδοσης και διατήρησης εγγυητικών επιστολών, δαπάνης

ασφάλισης έργου, δαπάνης επιστημονικοτεχνικού προσωπικού κ.α. βάσει αντικειμενικών στοιχείων .

- Ο τρόπος με τον οποίο η προσφεύγουσα χρησιμοποιεί τη μέση τεκμαρτή έκπτωση ($E_u = 31.61\%$) της προσφοράς μας στον Πίνακα Σύγκρισης Προϋπολογισμού - Προσφοράς ... - Κόστους (Σχετ. 1) της Προδικαστικής Προσφυγής της) επιχειρώντας να παραπλανήσει την ΑΕΠΠ σε εσφαλμένη κρίση για δήθεν υπερβολικά χαμηλή από μέρους μας προσφορά είναι εντελώς εσφαλμένος, αυθαίρετος, καταχρηστικός και εξόχως αντιεπιστημονικός. Ως γνωστόν η μέση τεκμαρτή έκπτωση είναι θεωρητικό μέγεθος το οποίο χρησιμοποιείται για λόγους απλοποίησης των διαδικασιών ενός έργου (π.χ κατά τη σύνταξη των λογαριασμών, τον καθορισμό νέων τιμών μονάδας, τη σύνταξη Ανακεφαλαιωτικών Πινάκων Εργασιών κ.ο.κ) και όχι για τον προσδιορισμό της πραγματικής αξίας μίας εργασίας διά της εφαρμογής της στην τιμή μονάδας του αρχικού προϋπολογισμού. Δεν είναι δυνατόν να υπολογιστεί η πραγματική αξία μιας εργασίας με εφαρμογή της μέσης έκπτωσης στην τιμή μονάδας του προϋπολογισμού ενός έργου, όπως εσφαλμένα υπολαμβάνει η προσφεύγουσα με τα αποτελέσματα του πίνακα που έχει επισυνάψει ως Σχετικό 1 στην προδικαστική προσφορά της. Η μέση έκπτωση μίας προσφοράς είναι το ποσοστό έκπτωσης της συνολικής: δαπάνης όλων ανεξαιρέτως των άρθρων του προϋπολογισμού Σ? ενός έργου σε σχέση με τη συνολική δαπάνη Π?, του προϋπολογισμού της προσφοράς του υποψήφιου αναδόχου. Σύμφωνα με το συμβατικό τεύχος «ΕΝΤΥΠΟ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» του διαγωνισμού, η μέση τεκμαρτή έκπτωση E_m της προσφοράς ενός υποψηφίου αναδόχου υπολογίζεται από τον τύπο $E_m = (\Sigma 2 - \Pi 2) / \Sigma 2$.

Κατά λογική ακολουθία λοιπόν, τυχόν μεμονωμένη ή/και αποσπασματική εφαρμογή της μέσης τεκμαρτής έκπτωσης σε ορισμένα άρθρα του προϋπολογισμού της μελέτης ενός έργου, όπως αυθαίρετα και εσφαλμένα πράττει η προσφεύγουσα, με σκοπό τον προσδιορισμό της πραγματικής αξίας (πραγματικό κόστος) των εργασιών αυτών, είναι αυθαίρετη και οδηγεί σε εσφαλμένα συμπεράσματα. Ομοίως και ο υπολογισμός της πραγματικής δαπάνης μεμονωμένων εργασιών οποιασδήποτε ομάδας διά της εφαρμογής της

προσφερόμενης έκπτωσης της ομάδας εργασιών στη συμβατική δαπάνη του άρθρου που συμμετέχει στον προϋπολογισμό της μελέτης, είναι απαράδεκτος και οδηγεί σε εσφαλμένα συμπεράσματα. Έτσι, ναι μεν χρησιμοποιώντας κάποιος την -κατά την άποψή του - αξία κάθε άρθρου ομάδας εργασιών μπορεί να υπολογίσει τη μέση έκπτωση της συγκεκριμένης ομάδας εργασιών και κατ' επέκταση τη μέση τεκμαρτή έκπτωση του συνολικού έργου, πλην όμως, το να επιχειρήσει υπολογίσει κάποιος την πραγματική αξία μίας εργασίας χρησιμοποιώντας τη μέση τεκμαρτή έκπτωση της ομάδας εργασιών στην οποία συμμετέχει είναι μία απολύτως εσφαλμένη και αυθαίρετη θεώρηση. Αυτήν ακριβώς την εσφαλμένη και άκρως αντιεπιστημονική θεώρηση «μετέρχεται» η προσφεύγουσα για να «αποδείξει» ότι η οικονομική προσφορά μας θα ζημιώσει (δήθεν) την εταιρεία μας κατά το ποσό των 3.387.013,43€ ενώ στην πραγματικότητα, η εταιρεία μας προσδοκά σημαντικότερο κέρδος που αναμένεται μεγαλύτερο από το ύψος του 1.600.000,00€ περίπου από την ανάληψη του συγκεκριμένου έργου. Έτσι λοιπόν, η προσφεύγουσα «απομονώνει» τεχνηέντως ορισμένα από τα άρθρα εργασιών (μόλις 140 άρθρα από τα 1.314 άρθρα του τιμολογίου) για τα οποία προσκομίζει και επικαλείται μόνο μία προσφορά δικού της υπεργολάβου ή προμηθευτή. Εν συνεχεία, η προσφεύγουσα συγκρίνει τη δαπάνη των εργασιών που περιέχονται στις μεμονωμένες-μοναδικές προσφορές των δικών της υπεργολάβων και των προμηθευτών της με τη δαπάνη που προκύπτει εάν στη δαπάνη του ελεγχόμενου άρθρου εφαρμοστεί η προσφερόμενη έκπτωση της ομάδας εργασιών στην οποία ανήκει. Αυτή η εσφαλμένη και σε κάθε περίπτωση αυθαίρετη σύγκριση εφαρμόζεται από την προσφεύγουσα για το 68% του προϋπολογισμού του έργου και από το απολύτως εσφαλμένο αποτέλεσμα αυτής της διαδικασίας η προσφεύγουσα υπολογίζει αναλογικά (!!!!!) τη (δήθεν!!!!) ζημία της εταιρείας μας στο ποσό των 3.387.013,43€.

Από τα ανωτέρω αναλυτικά εκτεθέντα στοιχεία προκύπτει το συμπέρασμα ότι τα αθροίσματα: ΑΘΡΟΙΣΜΑ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ... 12.770.861,99€ και ΑΘΡΟΙΣΜΑ ΑΝΑΛΥΣΗΣ ΚΟΣΤΟΥΣ 14.913.112,20€ που περιλαμβάνονται στον ΣΥΓΚΡΙΤΙΚΟ ΠΙΝΑΚΑ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ - ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ... - ΚΟΣΤΟΥΣ

που έχει επισυνάψει η προσφεύγουσα ως σχετικό 1 στην προδικαστική προσφυγή της είναι ανόμοια και συνεπώς δεν μπορούν να συγκριθούν πολλώ δε μάλλον δεν μπορούν να αποδείξουν ότι η προσφορά μας είναι ασυνήθιστα χαμηλή. Η προσφεύγουσα στην προσπάθειά της να αποδείξει ότι η προσφορά μας είναι ασυνήθιστα χαμηλή συγκρίνει ανόμοια μεταξύ τους ποσά και για μέρος του συνολικού έργου [...] Και εν τελεί επιχειρεί να κοστολογήσει την δική μας οικονομική προσφορά, με τις μεμονωμένες προσφορές των δικών της προμηθευτών και υπεργολάβων, οι οποίες είναι άγνωστο, υπό ποιους όρους και συνθήκες έχουν παρασχεθεί. Για να καταδείξουμε τον αβάσιμο ισχυρισμό της προσφεύγουσας παραπέμπουμε στα στοιχεία του ΠΙΝΑΚΑ «Α» [Σχ. 3]. Ο πίνακας αυτός περιέχει, - χωρίς σε καμία περίπτωση να υιοθετείται από εμάς- μέρος των (ίδιων όμως) στοιχείων του πίνακα που επικαλείται η προσφεύγουσα στην προδικαστική προσφυγή της. Πιο συγκεκριμένα το σύνολο των άρθρων που αναλύονται στον ΠΙΝΑΚΑ «Α» [Σχ. 3] αποτελούν ποσοστό 37,74% του συνολικού προϋπολογισμού του έργου. [...]

Η οικονομική προσφορά μας, όπως και η προσφορά οιοδήποτε άλλου οικονομικού φορέα που συμμετέχει στο διαγωνισμό, δεν μπορεί να χαρακτηριστεί καθ' οιονδήποτε, από τις προσφορές που ζήτησε και πιθανόν έλαβε από υπεργολάβους και προμηθευτές της η προσφεύγουσα. Περαιτέρω, το γεγονός ότι η προσφεύγουσα προσέφερε έκπτωση μικρότερη σε σχέση με την εταιρεία μας και τη 2η στη σειρά μειοδοσία, δεν καθιστά από μόνο του την προσφορά μας «ασυνήθιστα χαμηλή» και τούτο διότι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας συνοδεύονται από ατεκμηρίωτες «εκτιμήσεις» και αναγωγές ακατάληπτων τμημάτων του έργου στο σύνολο με προσκόμιση δικών της προσφορών.

Ως εκ τούτου οι προβληθέντες ισχυρισμοί της προσφεύγουσας δεν παρίστανται ουσιώδεις διότι στηρίζονται σε αναπόδεικτους και ως εκ τούτου αυθαίρετους απολύτως υποκειμενικούς υπολογισμούς (ΕΑΣΤΕ 127/2009, 12/2020 - σκέψη 12). Αντίθετη άποψη, θα κατέληγε στο άτοπο αποτέλεσμα της καταστρατήγησης του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016, καθώς, θα στοιχειοθετούσε λόγο για κάθε διαγωνιζόμενο επίκλησης «ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών» των

ανταγωνιστών του που έχουν προσφέρει μεγαλύτερη έκπτωση, επί τη βάση της οικονομικής προσφοράς του και των προσφορών που λαμβάνει και συμφωνεί με τους προμηθευτές του. Τούτο, ωστόσο είναι ανεπίτρεπτο, διότι η αναθέτουσα αρχή δεν υπέχει υποχρέωση να απαντήσει σε υποκειμενικούς ισχυρισμούς και αυθαίρετες και αόριστες εκτιμήσεις και «δείγματα» που επικαλείται ένας διαγωνιζόμενος. Τέλος, και προς πλήρη κατάδειξη του καταφανώς αυθαίρετου των συμπερασμάτων της προσφεύγουσας, και προκειμένου να καταδειχθεί αφενός το αβάσιμο των ισχυρισμών της, αφετέρου τόσο το κερδοφόρο της οικονομικής μας προσφοράς [...] επισημαίνουμε τα εξής:

Από τα πραγματικά στοιχεία κόστους και την απλή αντιστοίχιση και μόνο των προσφορών που έχουμε λάβει, προς τις προσφορές που προσκομίζει η ίδια η προσφεύγουσα προκύπτει κέρδος από την οικονομική μας προσφορά ανώτερο του 1.600.000,00 ευρώ και όχι ζημιά, όπως αυτή που αυθαίρετα και υστερόβουλα προσδιορίζει η προσφεύγουσα. Το προσδοκώμενο από εμάς κέρδος, όχι μόνο είναι απολύτως εύλογο και αναμενόμενο, αλλά συμπίπτει με τις παρασχεθείσες εκπτώσεις σε αντίστοιχους διαγωνισμούς. Για το λόγο αυτό άλλωστε και η αναθέτουσα αρχή, διαπίστωσε πως η προσφορά μας πληροί απολύτως τις απαιτήσεις της διακήρυξης και του νόμου και έγινε αποδεκτή, χωρίς να προσκληθεί σε αιτιολόγηση. Αντίθετη άποψη, θα κατέτεινε στην πρόσκληση του μειοδότη, σε αιτιολόγηση επειδή προσέφερε μεγαλύτερη έκπτωση από ανταγωνιστή του. [...]

Δ) Όπως επικουρικά των ανωτέρω, θέτουμε και ένα επιπλέον ζήτημα απαραδέκτου/ανεπίκαιρου της προβολής των αόριστων, αυθαίρετων και υποκειμενικών λόγων από την προσφεύγουσα περί του φερόμενου ασυνήθιστου της προσφοράς των συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων:

Η ΑΕΠΠ ασκεί έλεγχο νομιμότητας (βλ ΣτΕ 780/2019). Τα ουσιαστικής φύσεως ζητήματα (υπό την αυτονόητη επιφύλαξη της μη υπερβάσεως των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας) εκφεύγουν του ελέγχου αυτού (νομιμότητας). Ειδικά οι ισχυρισμοί περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, προϋποθέτουν ουσιαστική έρευνα και εκτίμηση, η οποία δεν είναι δυνατό να γίνει στο πλαίσιο του ακυρωτικού ελέγχου (βλ ΕΑ ΣτΕ. 197/2015, σκέψη 13). Για τον λόγο αυτό,

οι υπόψη ισχυρισμοί μπορούν να προβληθούν μόνο ενώπιον του αρμοδίου διοικητικού οργάνου, το οποίο και έχει τις απαραίτητες τεχνικές γνώσεις για να τους εξετάσει (βλ Διοικ Εφ ... Ν41/2017).

Συνεπώς, οι διαγωνιζόμενοι που επιθυμούν να προβάλουν ισχυρισμούς περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, οφείλουν να το πράξουν, κατ' αρχάς, ενώπιον της αναθέτουσας αρχής (δια της υποβολής υπομνήματος, όταν αναρτάται ο πίνακας μειοδοσίας οπότε και υπάρχει ένδειξη του ύψους των οικονομικών προσφορών) η οποία (αναθέτουσα αρχή) και δύναται, πρωτογενώς, να τους εξετάσει και στην συνέχεια (μετά και από εισήγηση του αρμόδιου γνωμοδοτικού οργάνου) να εκφέρει αιτιολογημένη κρίση, η πληρότητα της οποίας θα εξετασθεί ακολούθως, στο πλαίσιο του ελέγχου νομιμότητας. Σε διαφορετική περίπτωση, αν δηλαδή ήταν δυνατό να προβληθούν για πρώτη φορά ενώπιον της ΑΕΠΠ τέτοιοι ισχυρισμοί, και υπό την (μη συντρέχουσα εν προκειμένω) προϋπόθεση ότι παρίστανται ειδικοί και συγκεκριμένοι, θα επήρχετο, οπωσδήποτε, ακύρωσή της προσβληθείσας πράξης (λόγω της εξυπακουόμενης και κατ' αντικειμενικό λόγο αδυναμίας εξετάσεώς τους εντός του χρονικού διαστήματος δράσης που επιβάλλει ο Κανονισμός Λειτουργίας της ΑΕΠΠ) με ότι αυτό, αυτονοήτως, συνεπάγεται από την άποψη του σκοπού δημοσίου συμφέροντος για ταχεία περάτωση των διαγωνιστικών διαδικασιών (βλ. ΣτΕ 1392/2016, 1822/2010, Διοικ Εφ ... Α7/2018). [...]».

8. Επειδή, στην ασκηθείσα Παρέμβασή της η δεύτερη παρεμβαίνουσα («....»), υποστηρίζει, μεταξύ άλλων, τα εξής: «...Επί της από 02.08.2021 προδικαστικής προσφυγής της εταιρείας ... (δ.τ. ...), ήδη μετονομασθείσας σε ... (δ.τ. ...) και δη επί του αιτήματός της να ακυρωθεί η με αριθμό .../23.07.2021 απόφαση του (...) κατά το μέρος που με αυτή έγινε αποδεκτή η οικονομική προσφοράς της Ένωσής μας λεκτέα είναι τα κάτωθι:

1. Επί του ισχυρισμού ότι η προσφορά της Ένωσής μας είναι παράνομη ως ασυνήθιστα χαμηλή και η προσβαλλόμενη απόφαση πάσχει λόγω παράλειψης της αναθέτουσας αρχής να προσκαλέσει την ένωσή μας να αιτιολογήσει την οικονομική της προσφορά, λεκτέα είναι τα κάτωθι: Σύμφωνα με την πάγια

νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης και των εθνικών δικαστηρίων, το εφαρμοστέο νομοθετικό και κανονιστικό πλαίσιο που διέπει μία διαγωνιστική διαδικασία είναι εκείνο που ίσχυε κατά τον χρόνο δημοσίευσης της οικείας διακήρυξης. Συνεπώς, τυχόν νομοθετικές μεταβολές που μεσολαβούν αφού έχει εκκινήσει και ενώ εξελίσσεται η διαγωνιστική διαδικασία, δεν ασκούν καμία επιρροή σε αυτή, εκτός αν τούτο ορίζεται ρητώς.

Σύμφωνα με το άρθρο 32 ν. 4782/2021 σε συνδυασμό με το άρθρο 142 παρ. 3 ν. 4782/2021, οι νέες διατάξεις του άρθρου 88 ν. 4412/2016 περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών ισχύουν από 01.06.2021. Συνεπώς, διαγωνιστικές διαδικασίες που εκκίνησαν πριν την ως άνω ημερομηνία, όπως η επίδικη, εξακολουθούν να διέπονται από το άρθρο 88 ν. 4412/2016 ως ίσχυε πριν την τροποποίηση του με ν. 4782/2021. Εν προκειμένω, η Διακήρυξη του επίμαχου διαγωνισμού δημοσιεύτηκε στις 26.05.2021 και συνεπώς, τούτος διέπεται από το άρθρο 88 και 89 ν. 4412/2016, όπως αυτά ίσχυαν πριν την τροποποίησή τους με το ν.4782/2021. Ωστε, ορθώς η αναθέτουσα αρχή ακολούθησε επακριβώς την πρόβλεψη του άρθρου 88 ν. 4412/2016 όπως ίσχυε πριν την τροποποίησή του με το ν. 4782/2021, χωρίς να υιοθετήσει στο κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης τις νέες διατάξεις του άρθρου 88 ν. 4412/2016 και χωρίς να εφαρμόσει τη μεθοδολογία τεκμαρτού εντοπισμού «αποκλίσεως» που εισήχθη με τις νέες διατάξεις ν. 4782/2021. Επομένως, οι περί αντιθέτου ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί δήθεν εφαρμογής των νέων διατάξεων του άρθρου 88 ν. 4412/2016 τυγχάνουν νόμω αβάσιμοι.

Σύμφωνα με το άρθρο 88 ν.4412/2016 ως ίσχυε πριν την τροποποίησή του με το άρθρο 32 ν. 4782/2021, «Όταν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με τα έργα, τα αγαθά ή τις υπηρεσίες, οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση της πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής». Συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί τους οικονομικούς φορείς σε διευκρινίσεις μόνον όταν οι οικονομικές τους προσφορές φαίνονται στην ίδια ως ασυνήθιστα χαμηλές. Σύμφωνα δε με την πάγια θέση θεωρίας και νομολογίας,

δεν υφίσταται στο νόμο κάποια μεθοδολογία τεκμαρτού εντοπισμού «αποκλίσεως», αλλά το ασυνήθιστα χαμηλό της προσφοράς πρέπει να εκτιμάται σε συνάρτηση με τη σύνθεση της προσφοράς και με τη φύση της επίμαχης παροχής και δη η έννοια αυτή δύναται να καθορίζεται με αναφορά στην υπό ανάθεση σύμβαση, στα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά και συνθήκες αυτής, αλλά και στο αν τα οικονομικά στοιχεία του προσφέροντος την εμφανιζόμενη ως ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά οικονομικού φορέα, πληρούν τις προϋποθέσεις υπαγωγής στην εν λόγω έννοια. Η διαπίστωση ότι μία προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή ανήκει πάντως στην αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής (..., ...) και η σχετική κρίση της ελέγχεται δικαστικώς μόνον ως προς την τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής της ευχέρειας, σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής (ΔΕφΑθ 79/2020, ΕΑ ΣτΕ 132/2016).

Εξάλλου, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι η προσφορά της Ένωσης μας είναι παράνομη ως ασυνήθιστα χαμηλή και ως εκ τούτου αποκλειστέα είναι μη νόμιμοι, διότι ακόμη και όταν η αναθέτουσα αρχή θεωρεί ότι μια προσφορά είναι ασυνήθιστα χαμηλή, δεν την απορρίπτει άνευ ετέρου, αλλά οφείλει να ζητήσει διευκρινήσεις (βλ. ΕΑ ΣτΕ 165/2020), τις οποίες η Ένωσή μας ουδέποτε εκλήθη να παράσχει. Σε κάθε περίπτωση αρνούμεθα ρητά ότι η προσφορά μας είναι ασυνήθιστα χαμηλή και δηλώνουμε δια της παρούσης έτοιμοι να παράσχουμε στην αναθέτουσα αρχή τις απαραίτητες διευκρινίσεις, από τις οποίες προκύπτει με βεβαιότητα ότι δυνάμεθα πράγματι να εκτελέσουμε το ένδικο έργο με τις προσφερθείσες τιμές και δη με σαφείς αναφορές αφενός στα αριθμητικά δεδομένα και κοστολογήσιμα στοιχεία των συμβατικών τιμολογίων και αφετέρου στις κρατούσες στην αγορά οικείες τιμές.

2. Επί του ισχυρισμού ότι η προσφορά της Ένωσης μας είναι απορριπτέα λόγω της παράλειψης των μελών της να απαντήσουν στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ σχετικά με τους προβλεπόμενους οικονομικούς δείκτες λεκτέα είναι τα εξής: Σύμφωνα με το άρθρο 83 παρ. 5 ν. 4412/2016 «Η εγγραφή και κατάταξη στα Μ.Ε.Ε.Π., Μητρώο Μελετητών και Μητρώο Γραφείων Μελετών, και η κατοχή αντίστοιχου πτυχίου αποτελεί τεκμήριο τεχνικής καταλληλότητας γενικής εμπειρίας [στην καλούμενη τάξη και κατηγορία του αντίστοιχου Μητρώου].».

Σύμφωνα με το άρθρο 23.5 της Διακήρυξης: «23.5 Δικαιολογητικά Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής Επάρκειας του άρθρου 22.Γ Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των οικονομικών φορέων αποδεικνύεται : (α) για τις εγγεγραμμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις στο Μ.Ε.ΕΠ: • είτε από τη βεβαίωση εγγραφής στο Μ.Ε.ΕΠ., η οποία αποτελεί τεκμήριο των πληροφοριών που περιέχει • είτε στην περίπτωση που οι απαιτήσεις του άρθρου 22.Γ δεν καλύπτονται από τη βεβαίωση εγγραφής, ... ».

Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι η εγγραφή και κατάταξη στα ΜΕΕΠ και η κατοχή αντίστοιχου πτυχίου αποτελεί τεκμήριο καταλληλότητας για τις πληροφορίες που παρέχει. Όπως έχει κριθεί νομολογιακά (ΕΑ 408/2011, 718/2012 κ.α.) από τις διατάξεις του Ν. 3669/2008 περί Μ.Ε.ΕΠ, οι οποίες εξακολουθούν να ισχύουν, αλλά και από τον ίδιο τον δικαιολογητικό λόγο ύπαρξης του Μητρώου Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ), προκύπτει ότι η εγγραφή μιας εργοληπτικής επιχειρήσεως σε τάξη και κατηγορία έργων του εν λόγω Μητρώου, δημιουργεί, κατ' αρχήν, τεκμήριο ικανότητάς της για την ανάληψη αντιστοίχων έργων.

Εν προκειμένω, οι εταιρείες μας αναφέρουν τη βεβαίωση εγγραφής τους στο ΜΕΕΠ, την Ενημερότητα πτυχίου τους και την αντίστοιχη τάξη τους σε πλείστα όσα σημεία του ΕΕΕΣ και δη τόσο στο μέρος II: Α Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα, όσο και στο μέρος IV: κριτήρια επιλογής. Ειδικώς, η εταιρεία είναι εγγεγραμμένη στην 5η τάξη ΜΕΕΠ, η ... στην 5 τάξη ΜΕΕΠ και η στην 6η τάξη ΜΕΕΠ, οπότε όλες πληρούν τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 22Γ σε εφαρμογή του άρθρου 100 ν. 3669/2008, άρα και τους δείκτες βιωσιμότητας, γεγονός άλλωστε που δεν αμφισβητείται ούτε από την προσφεύγουσα. Το πρόβλημα, κατά τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας, είναι η μη ρητή αναγραφή στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ για τους δείκτες βιωσιμότητας, είτε των συγκεκριμένων δεικτών βιωσιμότητας, είτε της βεβαίωσης εγγραφής στο ΜΕΕΠ και της αντίστοιχης τάξης. Ωστόσο, ως προελέχθη, οι εταιρείες μας δήλωσαν τη βεβαίωση εγγραφής τους στο ΜΕΕΠ, την Ενημερότητα πτυχίου τους και την αντίστοιχη τάξη τους σε πλείστα όσα σημεία του ΕΕΕΣ και δη στο μέρος II: Α Πληροφορίες σχετικά με

τον οικονομικό φορέα και στο μέρος IV: κριτήρια επιλογής, μέρος του οποίο αποτελούν και τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Συνεπώς, πράγματι οφείλαμε δια δηλώσεως στο ΕΕΕΣ να αποδείξουμε προκαταρκτικά την πλήρωση των οικείων κριτηρίων επιλογής, μεταξύ άλλων και των δεικτών βιωσιμότητας, τούτο, δε, το πράξαμε προσηκόντως, αφού η εγγραφή μας στην 5η και 6η τάξη του ΜΕΕΠ ισοδυναμεί πλήρως με πλήρωση του ως άνω κριτηρίου επιλογής. Η δήλωση της εγγραφής αυτής στο ΕΕΕΣ συνιστά και όλως επαρκή δήλωση κάλυψης του ως άνω κριτηρίου (δείκτες βιωσιμότητας), χωρίς οι οικονομικοί φορείς να υποχρεούνται και πανηγυρικώς να αντιγράψουν στο ΕΕΕΣ τα κριτήρια κατάταξης στην αντίστοιχη τάξη τους, τα οποία ούτως ή άλλως λογίζονται ως αυτομάτως πληρούμενα δια της εγγραφής στην 5 η και 6η τάξη του ΜΕΕΠ.

Συναφώς με την υπ' αριθ. 986/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ κρίθηκε ότι αφού η εγγραφή εταιρείας στην έβδομη τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. αποδεικνύει την πλήρωση του ως άνω κριτηρίου επιλογής, η δήλωση της εγγραφής αυτής στο ΕΕΕΣ συνιστά και όλως επαρκή δήλωση κάλυψης του εν λόγω κριτηρίου, χωρίς οι οικονομικοί φορείς να υποχρεούνται να αναφέρουν στο ΕΕΕΣ τα επιμέρους κριτήρια κατάταξης στην έβδομη τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. Παρόλο δε που η παρεμβαίνουσα δεν απήντησε στο συγκεκριμένο ερώτημα, η ΑΕΠΠ έκρινε ότι, αφού επανειλημμένως στο ΕΕΕΣ αλλά και στο Μέρος IV, Ενότητα Β ανέφερε την εγγραφή της στην έβδομη τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. και τον οικείο αριθμό αυτής, «ακριβώς δήλωσε δι' αυτού του τρόπου την απόδειξη των οικείων δεικτών ως προκύπτουσα εκ της τάξης εγγραφής του[ης] στο ΜΕΕΠ ...».

Στην αδόκητη δε περίπτωση που ήθελε θεωρηθεί ότι το ως άνω πεδίο του ΕΕΕΣ έπρεπε πράγματι να συμπληρωθεί ειδικώς και όλως επικουρικώς δέον όπως ληφθούν υπόψη τα κάτωθι: Σύμφωνα με το άρθρο 102 ν. 4412/2016, όπως τούτο τροποποιήθηκε με το άρθρο 42 Ν.4782/2021 και ισχύει, σύμφωνα με το άρθρο 142 παρ.2 του αυτού νόμου, από τη δημοσίευση του νόμου στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως (9.3.2021) – εφαρμοστέο εν προκειμένω (δημοσίευση διακήρυξης: 26.05.2021) – «Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, οι αναθέτουσες αρχές, τηρώντας τις αρχές

της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, ζητούν από τους προσφέροντες ή υποψήφιους οικονομικούς φορείς, όταν οι πληροφορίες ή η τεκμηρίωση που πρέπει να υποβάλλονται είναι ή εμφανίζονται ελλιπείς ή λανθασμένες, συμπεριλαμβανομένων εκείνων στο ΕΕΕΣ, ή όταν λείπουν συγκεκριμένα έγγραφα, να υποβάλλουν, να συμπληρώνουν, να αποσαφηνίζουν ή να ολοκληρώνουν τις σχετικές πληροφορίες ή τεκμηρίωση, εντός προθεσμίας όχι μικρότερης των δέκα (10) ημερών και όχι μεγαλύτερης των είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης».

Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι όταν οι πληροφορίες που πρέπει να υποβάλλονται στο ΕΕΕΣ είναι ελλιπείς, οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να ζητούν από τους προσφέροντες να τις συμπληρώσουν. Ο νομοθετική επιλογή είναι σαφής και σε απόλυτη συμφωνία και σύμπνοια προς το ενωσιακό δίκαιο. Η αρχή της τυπικότητας υποχωρεί έναντι του υγιούς και ανοιχτού ανταγωνισμού και οι υποχρεωτικοί αποκλεισμοί δίδουν τη θέση τους στην υποχρεωτική συμπλήρωση και θεραπεία των ελλείψεων. Μόνον όριο στην ως άνω υποχρέωση πρόσκλησης σε συμπλήρωση αποτελεί, κατά τον νόμο, η αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Τούτο έχει την έννοια ότι η συμπλήρωση και θεραπεία των σφαλμάτων δε μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα την τροποποίηση της προσφοράς ή την κατ' ουσίαν υποβολή νέας προσφοράς (υποθέσεις *Tideland*, *Antwerpse*, *Esaproject* του Δικαστηρίου της ΕΕ).

Εφόσον αυτό δεν υφίσταται, αλλά αντίθετα «από το κείμενο της προσφοράς και τις περιστάσεις της υπόθεσης» συνάγεται ότι το σφάλμα «μπορεί να εξηγηθεί με απλότητα και να αρθεί εύκολα», χωρίς τούτο να έχει ως αποτέλεσμα την τροποποίηση της προσφοράς, η αναθέτουσα αρχή υποχρεώνεται πλέον να ζητήσει συμπλήρωση ή διευκρίνιση (ΔΕΕ *Tideland*, σκ. 37, 43, αλλά και υπό το προηγούμενο καθεστώς ΑΕΠΠ 7/2018 («Τελικές δηλώσεις»), 575/2018 («Γενική ένδειξη για όλα τα κριτήρια επιλογής»), 102/2017 («ΑΦΜ στο σώμα της εγγυητικής»)). Με βάση τα ανωτέρω, όλα τα πεδία του ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ είναι καταρχήν δεκτικά συμπλήρωσης/ διευκρίνισης, καθώς μάλιστα η εισαγωγή της προαπόδειξης στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έγινε προς απλούστευση της διαδικασίας και ενίσχυση του ανταγωνισμού. Ανάλογα με τις

απαντήσεις που θα λάβει η αναθέτουσα αρχή στο σχετικό αίτημά της, θα αποφασίσει εάν θα διατηρήσει ή όχι τον οικονομικό φορέα στο διαγωνισμό, με κριτήριο το εάν τα στοιχεία που θα παράσχει «προσμοιάζουν ή όχι με την υποβολή μίας νέας προσφοράς» (υπόθεση Archus).

Εν προκειμένω, ως προελέχθη, οι εταιρείες μας αναφέρουν τη βεβαίωση εγγραφής τους στο ΜΕΕΠ, την Ενημερότητα πτυχίου τους και την αντίστοιχη τάξη τους σε πλείστα όσα σημεία του ΕΕΕΣ και δη τόσο στο μέρος II: Α Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα, όσο και στο μέρος IV: κριτήρια επιλογής. Ειδικώς, η εταιρεία ... είναι εγγεγραμμένη στην 5η τάξη ΜΕΕΠ, η ... στην 5 τάξη ΜΕΕΠ και η ... στην 6η τάξη ΜΕΕΠ, οπότε όλες πληρούν τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 22Γ σε εφαρμογή του άρθρου 100 ν. 3669/2008, άρα και τους δείκτες βιωσιμότητας, γεγονός που δεν αμφισβητείται ούτε από την παρεμβαίνουσα. Συνεπώς, η υποτιθέμενη παράλειψη στον οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ σχετικά με τους δείκτες βιωσιμότητας και αληθής ούσα (διότι προτάσσεται κατά τα ανωτέρω ότι ουδεμία παράλειψη υφίσταται εν προκειμένω), μπορεί εύκολα να συμπληρωθεί από τις εταιρείες μας χωρίς τούτη να έχει ως αποτέλεσμα την τροποποίηση της προσφοράς μας. Αντιθέτως, οι εταιρείες μας θα επαναλάβουν για ακόμη μία φορά στο επίμαχο πεδίο του ΕΕΕΣ τους την εγγραφή τους στο ΜΕΕΠ, την ενημερότητα πτυχίου τους και την εγγραφή τους σε συγκεκριμένη τάξη, γεγονός που έχει ήδη δηλωθεί ρητά σε έτερα πεδία του ΕΕΕΣ τους.

Συνεπώς, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η προσφορά της Ένωσής μας είναι απορριπτέα λόγω της δήθεν παράλειψης των μελών της να απαντήσουν στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ σχετικά με τους προβλεπόμενους οικονομικούς δείκτες είναι νόμω και ουσία αβάσιμος. Οι εταιρείες μας ουδόλως όφειλαν να απαντήσουν στο επίμαχο πεδίο, όπως εσφαλμένα υπολαμβάνει η προσφεύγουσα, εφόσον δήλωσαν επανειλημμένως στο ΕΕΕΣ ρητά την εγγραφή τους στην 5η και 6η τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. και τον οικείο αριθμό αυτής κατά τα παραπάνω. Εκ της δήλωσης δε περί εγγραφής στο ΜΕΕΠ δηλώνεται ωσαύτως και η απόδειξη των κρίσιμων εν προκειμένω δεικτών ως προαπαιτούμενο για την κατοχή του πτυχίου. Σε κάθε περίπτωση, ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί ότι το ως

άνω πεδίο του ΕΕΕΣ έπρεπε πράγματι να συμπληρωθεί ειδικώς, η αναθέτουσα αρχή ήταν υποχρεωμένη, σύμφωνα με την αρχή της χρηστής διοίκησης, να μας καλέσει σε συμπλήρωση, εφόσον μια τέτοια συμπλήρωση, δεδομένης και της ρητής δήλωσης περί εγγραφής στο ΜΕΕΠ σε άλλα σημεία του ΕΕΕΣ, ουδόλως τροποποιεί την προσφορά ή παραβιάζει τις αρχές της ισότητας των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας. Ενόψει των ανωτέρω, η προσφορά της Ένωσής μας καλύπτει πλήρως τις απαιτήσεις των συμβατικών τευχών και συνεπώς νομίμως και σε συμμόρφωση με τους συμβατικούς όρους έγινε δεκτή από την αναθέτουσα αρχή, όλοι, δε, οι ισχυρισμοί της υπό εξέταση προσφυγής κατά της Ένωσής μας είναι νόμω και ουσία αβάσιμοι και πρέπει να απορριφθούν καθ' ολοκληρίαν [...]

9. Επειδή, στο με αρ. πρωτ. .../11.08.2021 έγγραφο Απόψεων της αναθέτουσας αρχής αναφέρονται σε σχέση με την υπό κρίση Προσφυγή τα εξής: «[...] Η προκήρυξη σύμβασης εστάλη για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης την 26-05-2021, ήτοι πριν την 1-06-2021 όπου εκκίνησε η εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 88, παρ.5.α του Ν.4412/2016, οπότε η ημερομηνία αυτή αποτελεί και το χρόνο έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης του έργου του θέματος σύμφωνα με το άρθρο 61 του Ν.4412/2016. Η Διακήρυξη του υπόψη Διαγωνισμού συντάχθηκε αφενός μεν σύμφωνα με το σχετικό Πρότυπο Τεύχος Διακήρυξης Διαγωνισμού έργου άνω του ορίου της ΕΑΑΔΗΣΥ, το οποίο ίσχυε πριν την 01-06-2021 προσαρμοσμένο μετά τη δημοσίευση του Ν.4782/2021 και ειδικά τις διατάξεις που τέθηκαν σε ισχύ από 09-03-2021, αφετέρου δε, δεν περιλάμβανε τις διατάξεις της παρ.5.α του άρθρου 88 του Ν.4412/2016 μετά τη δημοσίευση του Ν.4782/2021. Σύμφωνα με το 4ο Πρακτικό της Ομάδας Εργασίας που συγκροτήθηκε με την αρ.πρωτ. .../22-03-2021 Απόφαση του Γενικού Γραμματέα (ΑΔΑ: ...) για την υποβολή των αναθετουσών αρχών και αναθετόντων φορέων, ως προς την παροχή οδηγιών για την ενιαία εφαρμογή των διατάξεων του Ν.4412/2016 ως τροποποιήθηκε με τον Ν.4782/2021, το οποίο (4ο Πρακτικό) εγκρίθηκε με αρ. πρωτ... /30-07-2021 (ΑΔΑ: ...) Απόφαση

αναφέρονται τα εξής: «4. Περαιτέρω στους διαγωνισμούς που προκηρύχθηκαν με βάση το προϊσχύσαν νομοθετικό πλαίσιο, δεν υφίστανται κριτήρια χαρακτηρισμού κάποιων προσφορών ως υπερβολικά χαμηλών και εναπόκειται στην κρίση της αναθέτουσας αρχής, επομένως, μπορεί αυτή να χαρακτηρίσει κατά την κρίση της κάποιες προσφορές ως υπερβολικά χαμηλές και να ζητήσει αιτιολόγηση, χρησιμοποιώντας όποια κριτήρια προκρίνει η ίδια.

Εξ άλλου, αν προκύπτει ότι σε προκήρυξη που δημοσιεύτηκε πριν τη 1-6-2021 (ή και σε έγγραφο της αναθέτουσας αρχής που συμπληρώνει την προκήρυξη και τα συμβατικά τεύχη και δημοσιεύτηκε πριν από το διαγωνισμό) περιλαμβάνεται μεταξύ των εφαρμοστέων διατάξεων και το άρθρο 32 του Ν 4782/2021, θα μπορούσε να θεωρηθεί υποχρεωμένη η αναθέτουσα αρχή να εφαρμόσει τις νέες διατάξεις, δηλαδή να καλέσει υποχρεωτικά για αιτιολόγηση όσους υποψήφιους απέχουν περισσότερες από 10 ποσοστιαίες μονάδες από τον μέσο όρο των προσφορών (ανεξάρτητο είναι το ζήτημα στην περίπτωση αυτή αν ο σχετικός όρος της προκήρυξης θα μπορούσε, ενδεχομένως, να προσβληθεί με προδικαστική προσφυγή, επί τω λόγω ότι εσφαλμένως θεωρήθηκαν ως εφαρμοστέες διατάξεις οι οποίες δεν είχαν ακόμα αρχίσει να ισχύουν).

ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑ: Η εφαρμογή των νέων διατάξεων του άρθρου 88 του Ν 4412/2016, όπως ισχύει μετά την αντικατάστασή του από το άρθρο 32 του Ν 4782/2021, είναι υποχρεωτική όταν έχει χρησιμοποιηθεί το νέο πρότυπο προκήρυξης της ΕΑΑΔΗΣΥ στο οποίο υπάρχει ρητή αναφορά περί της εφαρμογής των νέων διατάξεων ή ακόμα και αν τυχόν ρητά επιβάλλεται η εφαρμογή του άρθρου 32 του Ν 4782/2021 σε διαγωνισμούς στους οποίους χρησιμοποιήθηκε το προηγούμενο πρότυπο (το οποίο προσαρμόστηκε με πρωτοβουλία της αναθέτουσας αρχής)». Στην περίπτωση όμως του εν λόγω διαγωνισμού δεν χρησιμοποιήθηκε το νέο πρότυπο προκήρυξης της ΕΑΔΗΣΥ, συνεπώς δεν υφίστανται κριτήρια χαρακτηρισμού κάποιων προσφορών ως υπερβολικά χαμηλών και εναπόκεινται στην αποκλειστική κρίση της αναθέτουσας αρχής, ο χαρακτηρισμός κάποιων προσφορές ως υπερβολικά χαμηλών.

Στην προκείμενη περίπτωση η Αναθέτουσα Αρχή δεν έκρινε αναγκαίο να ζητήσει αιτιολόγηση για οιαδήποτε εκ των Οικονομικών Προσφορών που υποβλήθηκαν. Με βάση τη σχετική διάταξη του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 όπως ισχύει για τον παρόντα διαγωνισμό, η κρίση της Αναθέτουσας Αρχής ως προς το θέμα αυτό δεν απαιτεί ειδική αιτιολόγηση και είναι απρόσβλητη. Επίσης θα πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι στην περίπτωση (η) της παραγράφου 4.1 της Προκήρυξης του Διαγωνισμού με θέμα «Ηλεκτρονική Αποσφράγιση/ Αξιολόγηση/ Έγκριση πρακτικού» αναφέρονταν επί λέξει ότι : «η) Η περιγραφόμενη διαδικασία καταχωρείται στο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού ή σε παράρτημά του, που υπογράφεται από τον Πρόεδρο και τα μέλη της. Η Επιτροπή Διαγωνισμού ολοκληρώνει τη σύνταξη του σχετικού πρακτικού με το αποτέλεσμα της διαδικασίας, με το οποίο εισηγείται την ανάθεση της σύμβασης στον μειοδότη (ή τη ματαίωση της διαδικασίας), και το υποβάλλει στην αναθέτουσα αρχή το σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο, ως “εσωτερικό”, μέσω της λειτουργίας “επικοινωνία” του υποσυστήματος, προς έγκριση. (16)».

Στην παρατήρηση – διευκρίνιση (16) που αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της Προκήρυξης του Διαγωνισμού αναφέρονταν επί λέξει ότι: «Επισημαίνεται ότι αν η αναθέτουσα αρχή θεωρήσει ότι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές, απαιτεί από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας, κατά ανώτατο όριο δέκα ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης. Στην περίπτωση αυτή εφαρμόζονται τα άρθρα 88 και 89 του ν. 4412/2016.».

Αν η προσφεύγουσα διαφωνούσε με το θέμα αυτό και ήθελε να εφαρμοστεί στον υπόψη διαγωνισμό η τροποποίηση του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 που επήλθε (από 01/06/2021) με το άρθρο 32 του Ν 4782/2021 είχε την ευχέρεια και τη δυνατότητα να προσβάλει τη Προκήρυξη του Διαγωνισμού κατά τα αναφερόμενα στο άρθρο 360 του ν.4412/2016 εντός προθεσμίας δεκαπέντε (15) ημερών από την ανάρτηση της Προκήρυξης στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) κατά τα αναφερόμενα την περίπτωση (γ) της παραγράφου 1 του άρθρου 361 του ν. 4412/2016. **Όμως τέτοια προσφυγή**

ουδέποτε υποβλήθηκε εκ μέρους της, γεγονός από το οποίο τεκμαίρεται αδιάσειστα η απόλυτη αποδοχή, από την προσφεύγουσα, της Προκήρυξης του Διαγωνισμού, άρα και του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 όπως αυτό ίσχυε πριν από την τροποποίησή του με το άρθρο 32 του Ν 4782/2021. Συνεπεία όλων των παραπάνω είναι απολύτως αβάσιμες οι αιτιάσεις της προσφεύγουσας.

3. Σχετικά με το ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι «τα μέλη της ένωσης οικονομικών φορέων «...» παρέλειψαν να απαντήσουν στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ σχετικά με τους προβλεπόμενους οικονομικούς δείκτες που απαιτούσε του άρθρο 22.Γ.α της διακήρυξης, με αποτέλεσμα η προσφορά της ως άνω ενώσεως να είναι αποκλειστέα από τη συνέχεια του διαγωνισμού: Πέραν του ως άνω λόγου, η δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας ένωση οικονομικών φορέων «...» υπέπεσε σε ουσιώδη παρατυπία/πλημμέλεια κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ των μελών της, μη δυνάμενη να συμπληρωθεί μέσω διευκρινίσεων στο πλαίσιο εφαρμογής του άρθρου 102 του ν. 4412/2016», αναφέρουμε τα εξής:

Σύμφωνα με το άρθρο 79 του Ν.4412/2016 (άρθρο 59 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης αποτελεί μία υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του Ν.1599/1986, του οικονομικού φορέα ότι δεν βρίσκεται σε μια από τις καταστάσεις λόγω της οποίας οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν. Οι δείκτες βιωσιμότητας των οικονομικών φορέων που αναφέρονται στο άρθρο 22.Γ: «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» (κριτήρια επιλογής) αποδεικνύονται σύμφωνα με το άρθρο 23.5 της Διακήρυξης «είτε από τη βεβαίωση εγγραφής ΜΕΕΠ, η οποία αποτελεί τεκμήριο των πληροφοριών που περιέχει είτε...», με ενημερότητα πτυχίου σε ισχύ. Η ένωση οικονομικών φορέων «...» αναφέρουν την βεβαίωση εγγραφής τους στο Μ.Ε.Ε.Π., στο μέρος II: Α. Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα και στο μέρος IV: κριτήρια επιλογής, του ΕΕΕΣ που υπέβαλαν, ως προκαταρκτική απόδειξη, η οποία κατά την ημέρα υποβολής της Διανομή μέσω 'ΙΡΙΔΑ' ... στις 11/08/21 18:53 προσφοράς τους δηλώνεται ότι είναι σε ισχύ, οπότε είναι προφανές ότι πληροί τα κριτήρια του άρθρου 22.Γ της διακήρυξης, μεταξύ άλλων και τους δείκτες βιωσιμότητας.

Συγκεκριμένα, η εταιρεία είναι εγγεγραμμένη στην 5η τάξη Μ.Ε.Ε.Π., η ... στην 5η τάξη Μ.Ε.Ε.Π. και η στην 6η τάξη Μ.Ε.Ε.Π., οπότε πληρούν τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 22.Γ., σε εφαρμογή του άρθρου 100 του Ν.3669/2008, άρα και τους δείκτες βιωσιμότητας. Εξάλλου, η μη αναγραφή τόσο των συγκεκριμένων δεικτών βιωσιμότητας στο πεδίο «Χρηματοοικονομικές αναλογίες(δείκτες)» του μέρους IV.Β του Ε.Ε.Ε.Σ., όσο και της τάξης του Μ.Ε.Ε.Π. στο εν λόγω πεδίο δεν θεωρείται, κατά την κρίση της Αναθέτουσας Αρχής λόγος αποκλεισμού, δεδομένου ότι αναγράφεται η τάξη του Μ.Ε.Ε.Π. στο μέρος IV.Β του Ε.Ε.Ε.Σ. και από τους τρεις οικονομικούς φορείς της ένωσης. Επίσης, σε κανένα σημείο της Διακήρυξης δεν αναφέρεται ότι πρέπει υποχρεωτικά ή επί ποινή αποκλεισμού να συμπληρωθούν στο Ε.Ε.Ε.Σ. οι δείκτες βιωσιμότητας του άρθρου 22.Γ. στο σχετικό πεδίο του ούτε η τάξη του Μ.Ε.Ε.Π. Κατόπιν των ανωτέρω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι αβάσιμοι και η Αναθέτουσα Αρχή προτείνει την απόρριψη της από 02-08-2021 Προδικαστικής Προσφυγής (Γεν. Αρ. Κατ.1557/03-08-2021) στο σύνολό της.».

10. Επειδή, στις 02.09.2021 η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπροθέσμως Υπόμνημα, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε και ισχύει, όπου αναφέρει τα κάτωθι: «... Σε αντίκρουση της προσφυγής υποβλήθηκαν οι με αρ. πρωτ. .../14.8.2021 απόψεις της αναθέτουσας αρχής και η από 11.8.2021 παρέμβαση της εταιρείας με την επωνυμία «...», καθώς και η από 13.8.2021 παρέμβαση της ένωσης οικονομικών φορέων «...» . [...]

Ι. Επί του πρώτου λόγου της προσφυγής μας, ήτοι ότι οι προσφορές των οικονομικών φορέων α) και β) ... » είναι παράνομες ως ασυνήθιστα χαμηλές, ενώ είναι παράνομη η προσβαλλόμενη πράξη καθώς εκδόθηκε κατά παράβαση του άρθρου 88 σε συνδυασμό με το άρθρο 71 του ν. 4412/2016, η δε αναθέτουσα αρχή παρέλειψε να προσκαλέσει τους ως άνω οικονομικούς φορείς να αιτιολογήσουν την οικονομική προσφορά τους .

1. Η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η προκήρυξη δημοσιεύτηκε στην επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης την **26.5.2021, δηλαδή πριν την**

1.6.2021, όταν και εκκίνησε η εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 88, παρ. 5.α του Ν. 4412/2016 οι οποίες, κατά την κρίση της δεν εφαρμόζονται εν προκειμένω, και ότι επομένως, εφόσον η ίδια δεν θεώρησε ως ασυνήθιστα χαμηλές τις προσφορές των οικονομικών φορέων α) ... και β) ..., παρά τη σημαντική απόκλιση που παρουσιάζουν από τις προσφορές των άλλων οικονομικών φορέων και τον μέσο όρο των προσφορών , δεν ήταν υποχρεωμένη να ζητήσει αιτιολόγηση των προσφορών.

2. Ο οικονομικός φορέας ... ισχυρίζεται επίσης ότι κατά τη δημοσίευση της διακήρυξης δεν ήταν σε ισχύ το ανωτέρω άρθρο 88, παρ. 5.α του Ν. 4412/2016 και παραθέτει μία σειρά από αόριστες αιτιάσεις και άσχετα έργα ή έργα κατασκευής αεροδρομίων που έγιναν σχεδόν μία δεκαετία πριν, χωρίς να προσδιορίζει το πλαίσιο των τότε διαγωνισμών, προκειμένου να δικαιολογήσει το ύψος της παρεχόμενης από αυτόν έκπτωσης. Ταυτόχρονα, προβάλλει και αιτιάσεις κατά της προσφοράς μας.

3. Τέλος, και ο οικονομικός φορέας ... «.....» ισχυρίζεται ότι δεν εφαρμόζονται εν προκειμένω οι νέες διατάξεις του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016, συνεπεία της ημερομηνίας δημοσίευσης της διακήρυξης.

4. Οι ανωτέρω ισχυρισμοί είναι απορριπτέοι, καθώς εν προκειμένω το κρίσιμο ως προς το χαρακτηρισμό ή μη ως ασυνήθιστα χαμηλής μίας προσφοράς, ήτοι της προσφοράς των παρεμβαινόντων οικονομικών φορέων, δεν είναι αν η τροποποίηση του 4412/2016 έλαβε χώρα πριν ή μόλις λίγες μέρες μετά τη δημοσίευση της διακήρυξης, αλλά αν πράγματι στην πράξη υπάρχουν σαφείς ενδείξεις ότι οι προσφορές των ανθυποψήφιών μας οικονομικών φορέων είναι ασυνήθιστα χαμηλές. Το ζήτημα, δηλαδή, είναι σαφώς ουσιαστικό και δεν σχετίζεται με τον τρόπο υποβολής μίας προσφοράς και τη διαδικασία που ακολουθείται στον εν λόγω διαγωνισμό. Πράγματι, και πριν την τροποποίηση του 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να εξακριβώσει τη νομιμότητα και τη βιωσιμότητα μίας οικονομικής προσφοράς. Ειδικά, όπως αναφέρουμε και στην προσφυγή μας (σελ. 9 και 10), το προσφερόμενο τίμημα θα πρέπει να αφήνει κάποιο περιθώριο κέρδους (ΕΑ ΣτΕ 290/2017, πρβλ. και ΕΑ 83/2017, 197/2015), ενώ και η Αρχή Σας έχει κρίνει ότι η απόκλιση της τιμής από τους

διαγωνιζόμενους (ΑΕΠΠ 133/2019, σκ. 28) αποτελεί αναμφισβήτητη ένδειξη για την υποβολή ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς. Με την τροποποίηση της διάταξης του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016 δεν ρυθμίστηκαν ζητήματα σχετιζόμενα με τον τρόπο υποβολής των προσφορών, αλλά εξειδικεύθηκαν οι όροι χαρακτηρισμού μίας οικονομικής προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής στις συμβάσεις έργων. Η εξειδίκευση αυτή, που κατά το προγενέστερο καθεστώς προβλεπόταν να λάβει χώρα μέσω εγκυκλίων, ρυθμίστηκε από τον ίδιο το νομοθέτη με τροποποίηση της σχετικής διάταξης και προσθήκης της παρ. 5 α . Η τροποποίηση αυτή αφορά ένα ουσιαστικό, και όχι διαδικαστικό, ζήτημα ως προς τον τρόπο με τον οποίο αντιλαμβάνεται ο νομοθέτης μία προσφορά σε ένα δημόσιο έργο ως ασυνήθιστα χαμηλή, κατευθύνοντας σαφέστατα τις αναθέτουσες αρχές στο πώς πρέπει να ενεργούν σε περιπτώσεις σημαντικών αποκλίσεων. **Άρα, η διάταξη αυτή καταλαμβάνει όλες τις οικονομικές προσφορές που αξιολογούνται μετά την 1.6.2021, ανεξάρτητα από το χρόνο δημοσίευσης της προκήρυξης του διαγωνισμού.** Πόσω μάλλον, καταλαμβάνει τις περιπτώσεις που οι προσφορές υποβλήθηκαν μετά την 1.6.2021, όπως εν προκειμένω. Άλλωστε, οι προϋπολογισμοί των δημοσίων έργων καταστρώνονται βάσει συγκεκριμένου κανονιστικού πλαισίου, ήτοι βάσει των τιμολογίων δημοσίων έργων. **Τα τιμολόγια δημοσίων έργων δεν έχουν μεταβληθεί στους διαγωνισμούς που διενεργούνται μετά την 1.6.2021 ,** γεγονός που επιρρωνύει ότι η αντίληψη αυτή του νομοθέτη σχετικά με τις ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές ισχύει και στις εκκρεμείς την 1.6.2021 διαγωνιστικές διαδικασίες.

4 Η τεράστια απόκλιση στην προσφερόμενη από αυτές έκπτωση σε σχέση με τις προσφορές των υπόλοιπων οικονομικών φορέων και από τον μέσο όρο αυτών, θα έπρεπε να οδηγήσει, άνευ άλλου, σύμφωνα και με τα ανωτέρω, την αναθέτουσα αρχή στο να ζητήσει διευκρινίσεις για τις προσφορές των οικονομικών φορέων και Ένωση Οικονομικών Φορέων «...», ανεξάρτητα αν εφαρμόζεται ή όχι ο τροποποιημένος Ν. 4412/2016, ο οποίος δεν άλλαξε το πλαίσιο για τον εντοπισμό των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, αλλά προσέθεσε μία σαφώς ορισμένη δικλείδα ασφαλείας νομιμότητας, η οποία

προηγούμενως υφίστατο σε θεωρητικό επίπεδο και επαφίετο στην υποκειμενική κρίση της αναθέτουσας αρχής. Εξάλλου, η παρούσα χαοτική απόκλιση στις παρεχόμενες εκπτώσεις επιβάλλει την αιτιολόγηση των προσφορών, ακόμα και αν εφαρμόζεται το παλαιότερο πλαίσιο. Είναι προφανές ότι ο νομοθέτης, ακριβώς για να υποβοηθήσει το έργο των αναθετουσών αρχών αλλά και για να περιορίσει τις όποιες αυθαιρεσίες, όρισε ρητά ένα ποσοστό απόκλισης της έκπτωσης με το οποίο τεκμαίρεται ως ασυνήθιστα χαμηλή μία προσφορά. Μάλιστα, παρά τις προσπάθειες της ... να παρουσιάσει την απόκλιση μικρότερη από όση είναι, δέον να επισημανθεί ότι - εφόσον γίνει δεκτός ο λόγος προσφυγής που στρέφεται κατά της Ένωσης Οικονομικών Φορέων «...» - η απόκλιση μεταξύ των παραδεκτών προσφορών γίνεται ακόμη μεγαλύτερη.

Εν ολίγοις, και με το προηγούμενο πλαίσιο, ακόμα και αν δεχθούμε ότι αυτό είναι το εφαρμοστέο, θα έπρεπε η αναθέτουσα αρχή να είχε ζητήσει την αιτιολόγηση των προσφορών ως αποτέλεσμα της μεγάλης διαφοράς ως προς την έκπτωση, αφού η απόκλιση στις προσφορές αποτελούσε ανέκαθεν λόγο για να χαρακτηριστεί μία προσφορά ως ασυνήθιστα χαμηλή. Απλώς, με την τροποποίηση του Ν. 4412/2016, ο νομοθέτης προέβλεψε και θέσπισε ένα σαφές εργαλείο, τη μεγαλύτερη των δέκα ποσοστιαίων μονάδων απόκλιση, με το οποίο επιβάλλεται η αναθέτουσα αρχή να χαρακτηρίζει ασυνήθιστα χαμηλές τις προσφορές, χωρίς αυτό να επαφίεται πλέον στην υποκειμενική της κρίση. Διαφορετικά, θα είχαμε το εξής παράδοξο, η ίδια προσφορά στις 31.5.2021 να θεωρείται φυσιολογική και την 1.6.2021 να θεωρείται υποχρεωτικά ασυνήθιστα χαμηλή, τη στιγμή, το επαναλαμβάνουμε, που δεν έχουν αλλάξει οι υπόλοιπες συνθήκες, όπως τα τιμολόγια των δημοσίων συμβάσεων, οι συνθήκες και τα εργαλεία εκτέλεσης των εργασιών, οι εισφορές κ.λπ. Το κατά πόσο αυτό είναι λογικό, επαφίεται στην κρίση Σας και στην κρίση των ελληνικών δικαστηρίων, που είναι τα κατεξοχήν αρμόδια όργανα. [...]

5. Ειδικά δε για όσα περαιτέρω ισχυρίζεται η παρεμβαίνουσα ... οφείλουμε να επισημάνουμε τα εξής.

Η εν λόγω εταιρεία παραθέτει μία σειρά από συμβάσεις, κάποιες από τις οποίες μάλιστα είναι παντελώς άσχετες με κατασκευή αεροδρομίου,

επικαλούμενη το ποσοστό έκπτωσης του μειοδότη. Αυτοί οι ισχυρισμοί είναι απορριπτέοι προεχόντως ως αόριστοι και αβάσιμοι, αφού δεν παραθέτει τους όρους και τις συνθήκες εκείνων των διαγωνισμών προκειμένου να αποδείξει ότι εκείνα τα ποσοστά έκπτωσης είναι φυσιολογικά ή όχι, πολύ περισσότερο δεν παραθέτει τα ποσοστά έκπτωσης των υπόλοιπων οικονομικών φορέων προκειμένου να αποδείξει αν υπάρχουν μεγάλες ή όχι αποκλίσεις του μειοδότη με τους υπόλοιπους διαγωνιζόμενους και τον μέσο όρο των προσφορών, όπως εν προκειμένω κάναμε εμείς. Συνεπώς, η απλή παράθεση του ποσοστού έκπτωσης του μειοδότη ουδόλως συμβάλει με κάποιο τρόπο στην επιχειρούμενη νομιμοποίηση της προσφοράς της. Η παρεμβαίνουσα δηλαδή επιχειρεί να αλλοιώσει τον ισχυρισμό μας ότι η έκπτωσή της αποκλίνει θεαματικά, ενδεχομένως και παράνομα, από τον μέσο όρο των εκπτώσεων, αντιλαμβανόμενη ότι το πρόβλημα είναι απλώς η μεγάλη έκπτωση που προσφέρει. Είναι όμως προφανές ότι αν όλοι οι οικονομικοί φορείς είχαμε προσφέρει παραπλήσια ποσοστά έκπτωσης, το δικό της ποσοστό από μόνο του δεν θα συνιστούσε ένδειξη ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς. Είναι εξάλλου ενδεικτικό ότι στη μόνη φορά που επικαλείται και άλλα ποσοστά έκπτωσης (σελ. 16 της παρέμβασης, περ. β), οι τρεις πρώτοι στη σειρά μειοδοσίας έχουν προσφέρει παραπλήσια ποσοστά έκπτωσης, επομένως το ποσοστό έκπτωσης του μειοδότη, όσο υψηλό και αν είναι, δεν συνιστά ένδειξη ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς. Για αυτό εξάλλου και ο νομοθέτης, με την τροποποίηση του Ν. 4412/2016 , δεν όρισε το ύψος της έκπτωσης ως απόδειξη ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, αλλά την απόκλιση από τον μέσο όρο των εκπτώσεων.

6. Οι υπόλοιποι ισχυρισμοί της που αφορούν στην προσφορά μας είναι απορριπτέοι ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι επ' ευκαιρία άσκησης παρέμβασης, αφού αν ήθελε να προβάλλει ισχυρισμούς κατά αυτής, μπορούσε να είχε ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή. [...] Εν πάση περιπτώσει, δεν κρίνεται η δική μας προσφορά, αλλά η δική της. Οι δε ισχυρισμοί αυτοί είναι προφανές ότι θα πρέπει να διαγραφούν, αφού χωρίς αποδείξεις πλήττουν και δυσφημούν το κύρος της εταιρείας μας.

7. Σε κάθε περίπτωση, οφείλουμε να επισημάνουμε και τα εξής: Η παρεμβαίνουσα όλως αορίστως και αβασίμως επιχειρεί να αντικρούσει τους ισχυρισμούς που αναδείξαμε με την προδικαστική προσφυγή μας ως προς το ασυνήθιστα χαμηλό της προσφοράς της, που επιτάσσουν την κλήση αυτής προς αιτιολόγηση της δοθείσας προσφοράς της, ισχυριζόμενη ιδίως ότι το σύνολο των από μέρους μας όλως ειδικών και εμπειριστατωμένων αιτιάσεων, εκ των οποίων αποδεικνύεται ο ασυνήθιστα χαμηλός χαρακτήρας της προσφοράς της, είναι τάχα αυθαίρετο, χωρίς ωστόσο να προβάλει ουδένα επαρκώς τεκμηριωμένο και βάσιμο ισχυρισμό προς απόδειξη του αντιθέτου. Ειδικότερα: [α] Ως προς τον αβάσιμο τάχα χαρακτήρα του ισχυρισμού μας περί του ασυνήθιστα χαμηλού χαρακτήρα της προσφοράς της ..., κατ' επίκληση έτερων συμβάσεων έργων «υποδομών αεροδρομίου»:

Η παρεμβαίνουσα σε μία προσπάθεια, όπως καταδείξει ότι η προσφορά της δεν παρίσταται τάχα ασυνήθιστα χαμηλή, προβάλλει ότι επί συναφών έργων υποδομών αεροδρομίων που είχαν δημοπρατηθεί κατά το παρελθόν, οι εκεί μειοδότηριες εταιρείες είχαν προσφέρει έκπτωση μεγαλύτερη ή σχεδόν ίδια με την προσφερθείσα από αυτήν έκπτωση στο υπό δημοπράτηση έργο, χωρίς να τεθεί ζήτημα ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών. Ωστόσο, ο ισχυρισμός αυτός είναι όλως αβάσιμος, τούτο διότι κατά κανόνα οι προσφερόμενες από τον εκάστοτε οικονομικό φορέα εκπτώσεις και δη ειδικά τα τελευταία χρόνια **που υπήρχε περιορισμένο εύρος δημοπρατούμενων έργων, δεν αποτελούν αποτέλεσμα ορθής κοστολόγησης των έργων, αλλά αποτέλεσμα του οξύτατου ανταγωνισμού μεταξύ των εργοληπτριών εταιρειών**, προκειμένου να κατακυρωθεί το δημοπρατούμενο έργο στον οικονομικό φορέα που θα προσφέρει μεγαλύτερη έκπτωση, αναλωμένες συχνά οι κατασκευαστικές εταιρείες σε έναν ακήρυχτο και ανηλεή πόλεμο για να πάρουν όποιο κομμάτι μπορούσαν από την ελάχιστη πίτα των δημοπρατούμενων έργων προκειμένου να διατηρηθούν στη ζωή με ζημιογόνες συνέπειες για την εκτέλεση των έργων αλλά και το δημόσιο συμφέρον, καθώς συχνά υπό την επίκληση απρόβλεπτων συνθηκών καθίσταται αναγκαία η σύναψη ΣΣΕ για την ολοκλήρωση αυτών, επιβαρύνοντας τον αρχικό προϋπολογισμό των έργων.

Η εν λόγω πρακτική άλλωστε ήταν που οδήγησε το νομοθέτη να λάβει μέτρα για τον εντοπισμό των εν λόγω ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, ώστε να αναχαιτιστεί το εν λόγω φαινόμενο στον κατασκευαστικό κλάδο με τις επιζήμιες συνέπειες που προαναφέρθηκαν. Στο πλαίσιο αυτό και προς αποφυγή υποβολής ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, οι οποίες θέτουν εν αμφιβόλω τη δυνατότητα κατ' ουσίαν εκτέλεσης και περάτωσης του εκάστοτε προς δημοπράτηση έργου, ο νομοθέτης με το νέο άρθρο 88 του νόμου 4782/2021 επιχειρεί ουσιαστικά να θέσει ένα άκρο όριο στις προσφερόμενες υπερβολικές εκπτώσεις, αποδίδοντας για πρώτη φορά ποσοτικά χαρακτηριστικά στην έννοια της υπερβολικά χαμηλής προσφοράς και θεσπίζοντας ένα αριθμητικό τεκμήριο για το πότε μια προσφορά δύναται να χαρακτηριστεί ως ασυνήθιστα χαμηλή προς αποφυγή καταστρατηγήσεως του αρρύθμιστου νομοθετικού κενού, εξασφαλίζοντας κατά τον τρόπο αυτό η έννοια της «ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς» να είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμη και να μην επαφίεται στις υποκειμενικές και αόριστες εκτιμήσεις της εκάστοτε αναθέτουσας αρχής. Συνεπώς ακόμη και εάν η νέα διάταξη του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 δεν παράγει αμάχητο τεκμήριο για το συγκεκριμένο έργο, σε κάθε περίπτωση δεν παύει να αποτελεί δείγμα της βούλησης του νομοθέτη για τον τρόπο με τον οποίο κρίνεται η έννοια της υπερβολικά χαμηλής προσφοράς και συνεπώς υπό το πρίσμα των ως άνω διατάξεων θα πρέπει να ερευνηθεί εάν η προσφορά της παρεμβαίνουσας παρέχει ενδείξεις ασυνήθιστα χαμηλούς προσφοράς και να κληθεί να αποδείξει ότι δεν συντρέχει τέτοια περίπτωση εν προκειμένω.

8 Πέραν τούτων, δέον όπως επισημανθεί ότι το σύνολο των αναφερόμενων από την παρεμβαίνουσα έργων υποδομών αεροδρομίων (σελίδα 16 της παρέμβασής της), όπου οι εκεί μειοδοτούντες οικονομικοί φορείς είχαν προσφέρει αισθητά χαμηλότερες από τις συνήθεις εκπτώσεις, αφορούν παλαιότερα έργα που δημοπρατήθηκαν σχεδόν μια δεκαετία πριν και δη το 2011, 2012 και το 2013. Ειδικότερα η ... αναφέρει τέσσερεις (4) συμβάσεις αεροδρομίων (... , ... , ... , ...) με εκπτώσεις από 36,92% έως 44,43%, προσπαθώντας να αιτιολογήσει την υπερβολική έκπτωση της προσφοράς της.

Όμως αποσιωπεί σημαντικά στοιχεία για τις εν λόγω συμβάσεις: α) Οι εν λόγω συμβάσεις είναι αρκετά παλιές (μεταξύ 2006 – 2013). Έκτοτε έχουν γίνει σημαντικές αυξήσεις τιμών σε όλα τα αντικείμενα εργασιών των έργων (υλικά, κόστη εγγυητικών κ.λ.π.), ιδιαίτερα δε μετά από την τελευταία πανδημία όπου κυρίως τα υλικά, καύσιμα κ.λ.π. έχουν πολύ μεγάλες αυξήσεις, επομένως οι εκπτώσεις που μπορούν να υποβληθούν πλέον χωρίς ζημίες είναι εξαιρετικά χαμηλότερες. Σε κάθε περίπτωση τα αναφερόμενα από την παρεμβαίνουσα «έργα υποδομών αεροδρομίου», δεδομένου ότι δημοπρατήθηκαν την προηγούμενη δεκαετία, όπου ο συνολικός προϋπολογισμός των δημοπρατούμενων έργων ήταν ελάχιστος, τούτο είχε ως αποτέλεσμα οι εργολήπτριες εταιρείες να ωθούνται σε μεγαλύτερες εκπτώσεις προκειμένου να αποκλείσουν τις έτερες συνυποψήφιες εταιρείες σε μια εξαιρετικά κρίσιμη οικονομικά περίοδο για την βιωσιμότητά τους και κάτω από το πρίσμα αυτό θα πρέπει να αξιολογηθούν. β) Επιπρόσθετα όλα τα ανωτέρω έργα είχαν αφενός σημαντικές καθυστερήσεις στην ολοκλήρωσή τους αλλά και σημαντικές υπερβάσεις προϋπολογισμών των συμβάσεων, ώστε ουσιαστικά οι προσφερθείσες εκπτώσεις κατά τη δημοπράτηση εκμηδενίστηκαν λόγω της πραγματικής αύξησης του τελικού κόστους του έργου.

Ενδεικτικό παράδειγμα αφορά το αεροδρόμιο της ..., όπου η σύμβαση υπεγράφη 8.12.2006, ο αρχικός ανάδοχος λόγω της υπερβολικής έκπτωσης δεν μπόρεσε να ολοκληρώσει το έργο και μετά από 4 χρόνια κηρύχθηκε έκπτωτος δυνάμει της με αρ. πρωτ. οικ./δ/8/27.9.2010 απόφασης της Δ/νουσας Υπηρεσίας, όπως άλλωστε προκύπτει από το υπ' αρ. πρωτ. ... πιστοποιητικό εμπειρίας εκτέλεσης έργου που προσκόμισε η β' στη σειρά μειοδοσίας συμμετέχουσα στον προκείμενο διαγωνισμό η ένωση «....», η οποία μετά από έγκριση σύστασης κατασκευαστικής κοινοπραξίας στις 20.1.2012 και αφού προηγουμένως είχε κληθεί η β' στη σειρά μειοδοσίας εταιρεία ... μετά την έκπτωση του αρχικού αναδόχου, υπέγραψε τη σύμβαση συνέχισης του έργου του αεροδρομίου της ... στις 29/12/2011 , προέβη στην εκτέλεση του έργου της ... Η εν λόγω ένωση χρειάστηκε τρία επί πλέον ολόκληρα χρόνια να ολοκληρώσει τις ημιτελείς εργασίες του αρχικού αναδόχου και το έργο

περαιώθηκε το 2015, όπως προκύπτει από το πιστοποιητικό εμπειρίας που η ίδια προσκόμισε στο πλαίσιο του εν εξελίξει διαγωνισμού. Αποδεικνύεται συνεπώς ότι λόγω της υπερβολικής έκπτωσης το έργο χρειάστηκε πάνω από 8 χρόνια να ολοκληρωθεί! Αλλά δεν φθάνει μόνο αυτό. Το τελικό κόστος της σύμβασης υπερέβη το ποσό της αρχικής σύμβασης κατά 45,51%, ώστε η πραγματική τελική έκπτωση διαμορφώθηκε από την αρχική προσφερθείσα έκπτωση που ήταν ανώτερη του 40% σε μόλις 13,74%!!. Ως εκ τούτου συνάγεται μετά βεβαιότητας ότι η ανάληψη ενός έργου από έναν οικονομικό φορέα με μεγάλη έκπτωση δεν συνεπάγεται αυτόματα ότι η εκτέλεση του έργου αυτού θα είναι εν τέλει επικερδής και συμφέρουσα για το δημόσιο. Περαιτέρω αποφεύγει σκόπιμα η παρεμβαίνουσα να αναφέρει το ύψος των τιμών του τιμολογίου επί του οποίου δόθηκαν οι ανωτέρω εκπτώσεις. Η προσφερόμενη έκπτωση είναι άμεσα συνδεδεμένη με δύο μεγέθη. Το ύψος της τιμής του τιμολογίου, με το οποίο δημοπρατείται μια εργασία και το πραγματικό κόστος της εργασίας. Αν η τιμή του τιμολογίου αυξηθεί τότε επιδέχεται και μεγαλύτερη έκπτωση. Αντίστοιχα αν η τιμή του τιμολογίου μειωθεί τότε η έκπτωση θα πρέπει να μειωθεί. Το αντίστροφο συμβαίνει με τις τιμές κόστους. Αν οι τελευταίες αυξηθούν η έκπτωση θα πρέπει να μειωθεί. Συγκρίνοντας τις τιμές άρθρων του τιμολογίου με σημαντική επιρροή στο κόστος του έργου, με τις τιμές που ίσχυαν για τα ίδια άρθρα για τα έτη 2011 και 2012 παρατηρούμε τα εξής: • Άρθρο Α.1-οικ20.05.01 (Εκσκαφή θεμελίων και τάφρων) συνολική δαπάνη 376.248,40€ Τιμή Τιμολογίου το 2021 : 4,00€/μ³ (χωρίς την μεταφορά) Τιμή Τιμολογίου το 2011, 2012 : 5,80€/μ³ μείωση στην τιμή του τιμολογίου με την οποία δημοπρατήθηκε το συγκεκριμένο έργο κατά $(1-4,00/5,80) = 31\%$ • Άρθρο Β.02-οικ32.01.07 (Σκυρόδεμα C30/37) συνολική δαπάνη 1.362.000,00€ Τιμή Τιμολογίου το 2021 : 100,00€/μ³ 10 Τιμή Τιμολογίου το 2011, 2012 : 133,00€/μ³ Μείωση στην τιμή του τιμολογίου με την οποία δημοπρατήθηκε το συγκεκριμένο έργο κατά $(1-100/133) = 25\%$ • Άρθρο Δ.61-οικ74.30.13 (Επιστρώσεις δαπέδων με μάρμαρο σκληρό) συνολική δαπάνη 535.800,00€ Τιμή Τιμολογίου το 2021 : 94,00€/μ³ Τιμή Τιμολογίου το 2011, 2012 : 109,00€/μ³ μείωση στην τιμή του τιμολογίου, με την οποία δημοπρατήθηκαν το συγκεκριμένο έργο κατά $(1-94/109) = 13\%$ •

Άρθρο Β.11-οικ.38.20.02 (χαλύβδινοι οπλισμοί σκυροδέματος) συνολική δαπάνη 1.407.038,35€ Τιμή Τιμολογίου το 2021 : 0,95€/μ³ Τιμή Τιμολογίου το 2011, 2012 : 1,00€/μ³ μείωση στην τιμή του τιμολογίου με την οποία δημοπρατήθηκαν το συγκεκριμένο έργο κατά $(1-0,95/1,00) = 5\%$

Παρατηρούμε δηλαδή ότι το 2011 και το 2012 υπήρχαν σε ορισμένα σημαντικής οικονομικής βαρύτατος άρθρα του τιμολογίου αυξημένες τιμές σε σχέση με τις τιμές που δημοπρατήθηκε το συγκεκριμένο σήμερα μέχρι και 31%. Κάνοντας την ίδια σύγκριση τιμών άρθρων για την περίοδο από το 2013 με σήμερα, παρατηρούμε ότι υπάρχουν 195 άρθρα του τιμολογίου του έργου τα οποία είναι αυτούσια με τα άρθρα του ΥΠΕΧΩΔΕ. Τα άρθρα αυτά έχουν συνολική δαπάνη 12.313.499,82€ που αντιστοιχεί στο 45% του προϋπολογισμού. Δεν είναι αμελητέα ποσότητα, αλλά σημαντικό τμήμα του προϋπολογισμού του έργου. Οι τιμές στα άρθρα αυτά έχουν παραμείνει σταθερές από το 2013 (βλ. συνημμένο στο παρόν Πίνακα Δ που προσάγουμε και επικαλούμαστε ως ΣΧΕΤ. 1).

Ωστόσο, ενώ από το 2013 έως και σήμερα οι τιμές των τιμολογίων δημοπράτησης των έργων έχουν παραμείνει ΣΤΑΘΕΡΕΣ και σε κάποιες περιπτώσεις έχουν μειωθεί έως και 31%, οι τιμές κόστους κατά τις προηγούμενες χρονικές περιόδους που δημοπρατήθηκαν τα έργα που επικαλείται η παρεμβαίνουσα, ήταν σημαντικά χαμηλότερες και ως εκ τούτου οι διαγωνιζόμενοι είχαν το περιθώριο να δώσουν σημαντικά μεγαλύτερες εκπτώσεις, επιτυγχάνοντας παράλληλα κέρδος.

Εν προκειμένω, ωστόσο, δεν υφίσταται πλέον η δυνατότητα αυτή, διότι έκτοτε και δη ιδίως την τελευταία διετία (2020 - 2021), οι τιμές αγοράς των υλικών έχουν αυξηθεί κατά 20-25% μεσοσταθμικά, με κύριο άξονα τις τιμές όλων των ειδών χάλυβα (οπλισμός σκυροδέματος μεταλλικές κατασκευές), χαλκού (καλώδια), αλουμίνιου (κουφώματα) και άλλων μεταλλευμάτων που σε πολλές περιπτώσεις αγγίζουν και το 80%. Συνεπώς δεν είναι συγκρίσιμες οι εκπτώσεις. Ειδικότερα οι διεθνείς τιμές σιδηρομεταλλευμάτων έχουν υποστεί τα τελευταία χρόνια σημαντικές αυξήσεις, λόγω της ισχυρής ζήτησης από τον κατασκευαστικό τομέα της ..., ως κύριο εισαγωγέα μεταλλευμάτων, σε συνάρτηση με την αποτυχία της δικής της εγχώριας αγοράς εξορύξεως να

συμβαδίζει με τους αλματώδεις ρυθμούς ανάπτυξης της κατασκευαστικής βιομηχανίας της. Το γεγονός αυτό έχει ως αποτέλεσμα σήμερα οι τιμές ... σιδήρου να βρίσκονται σε ιστορικά υψηλά δεκαετίας, όπως απεικονίζεται σε έγκριτους διεθνείς δείκτες [π.χ. "...Index Export fob USA", "Fastmarkets MB Prices Chart" κτλ.]. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από τους επισυναπτόμενους πίνακες της «Platts Markets Daily», επίσης ενός εκ των πλέον έγκυρων δελτίων αναφοράς, στο επτάμηνο 26/10/20 έως 26/5/21 [ημέρα δημοσίευσης διαγωνισμού] υπήρξε αλματώδης άνοδος της τιμής του ...και δη του ...cfr Turkey από τα 291 \$/τον στα 515 \$/τον, ήτοι αύξηση στο κόστος παραγωγής [σε επίπεδο χαλυβουργιών] 224 \$/τον, που ουσιαστικά διαμορφώνεται στα ~ 260 \$/τον, λαμβανομένης υπόψη της συνήθους φύρας ...[~16%]. Ως συνέπεια των ως άνω και δη εξαιτίας της μετακύλισης του εν λόγω κόστους, οι τιμές προμήθειας των προϊόντων του scrap, ήτοι προμήθειας των προϊόντων σιδήρου οικοδομής [σε επίπεδο κατασκευαστικών εταιρειών], εκτοξεύθηκαν διεθνώς από τα 505 €/τον στα 1.132 €/τον [Hotrolled coil / HRC], πλέον του πρόσθετου κόστους μεταφορών και χρηματοδοτικών [βλ. πίνακες «Platts Markets Daily» που προσκομίζουμε για την περίοδο 26/10/20 έως 05/07/21 ως ΣΧΕΤ. 2α, 2β και 2γ]. Σημειώνεται επίσης ότι εξαιρετικά υψηλά επίπεδα αντίστοιχων ως ανωτέρω τιμών, διατηρούνται και στο τελευταίο τρίμηνο προ της υποβολής προσφορών (ήτοι από 5/4/21 έως 5/7/2021), σύμφωνα με τον έγκυρο διεθνή δείκτη τιμών ...«LME STEEL SCRAP» [βλ. αντίστοιχο πίνακα που προσκομίζουμε για την περίοδο 5/4/21 έως 5/7/21 ως ΣΧΕΤ. 2δ] και χαρακτηριστικά αναφέρουμε ότι την ημέρα υποβολής προσφορών, ήτοι την 5/7/21, η τιμή ...ανήρχετο σε 495 \$/τον & HRC 1.180 €/τον. Όπως προαναφέρθηκε όσον αφορά τις τιμές των υλικών, ο αναθέτων φορέας δημοπρατεί από το 2013 τα έργα με σταθερές τιμές σιδηρού οπλισμού κατ' άρθρο τιμολογίου B.11 (ΟΙΚ38.20.02): 0,95€/χλγ, C30/37 και άρθρο τιμολογίου B.02(ΟΙΚ32.01.07): 100,00€/μ3 (μειωμένες κατά 5% και 25% αντίστοιχα σε σχέση με το 2011 & 2012) και με βάσει αυτές τις τιμές τιμολογίου, οι οποίες ήταν σταθερές και κοινές για όλα τα έργα που αναφέρει η παρεμβαίνουσα, λαμβάνοντας πάντα υπόψη τις εκάστοτε ισχύουσες τιμές αγοράς, δόθηκαν οι

αντίστοιχες εκπτώσεις στα έργα που επικαλείται στην παρέμβασή της. Συνεπώς, για να προσδιοριστεί το ακριβές κόστος των τιμολογίων, θα πρέπει να λαμβάνονται υπόψη οι εκάστοτε ισχύουσες τιμές αγοράς, και όχι τιμές που ίσχυαν σε προγενέστερο χρόνο, διότι μόνο υπό την εκδοχή αυτή θα πρόκειται για ρεαλιστικές εκπτώσεις! Είναι επομένως άτυχης η σύγκριση των εκπτώσεων σε απόλυτους αριθμούς, παραβλέποντας το γεγονός ότι αφενός μεν έχουν μειωθεί οι τιμές δημοπράτησης και αφετέρου υπάρχει δραματική αύξηση του κόστους των εργασιών. Τα ανωτέρω πρέπει να ληφθούν υπόψη σε συνδυασμό με το γεγονός ότι κατά το χρόνο εκείνο που δημοπρατήθηκαν τα αναφερόμενα από την παρεμβαίνουσα έργα (σελ. 16) δεν είχε θεσπιστεί ο μηχανισμός εντοπισμού των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, ως προβλέπεται πλέον με το νέο άρ. 88 παρ. 5 του ν. 4412/2016, δεν είχε καν θεσπισθεί σε ενωσιακό επίπεδο η 2014/24/ΕΕ οδηγία (αρ. 69), η οποία εισήγαγε πλέον και ρητά την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να εντοπίζει και να ζητά διευκρινήσεις επί των προσφορών που φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές.

Συνεπώς, τα εν λόγω έργα κατ' ουσίαν δημοπρατήθηκαν καθ' ο χρόνο δεν υφίστατο ουδέν σαφές νομοθετικό πλαίσιο αναφορικά με την έννοια των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών και με αποτέλεσμα να υφίσταται μεγαλύτερη ευχέρεια στους εκάστοτε οικονομικούς φορείς να προσφέρουν μεγαλύτερες εκπτώσεις, γνωρίζοντας ότι οι προσφορές τους πιθανότατα δεν θα ελεγχθούν για το ασυνήθιστα χαμηλό αυτών.

[β] Ως προς τον αβάσιμο τάχα χαρακτήρα του ισχυρισμού μας περί του ασυνήθιστα χαμηλού χαρακτήρα της προσφοράς της, κατ' επίκληση έτερων συμβάσεων με αντικείμενο οικοδομικά έργα και έργα υποδομής μη συναφή με το δημοπρατούμενο έργο: Η ... και στο σημείο αυτό επιχειρεί ανεπιτυχώς και αβασίμως να καταδείξει ότι η προσφορά της τάχα δεν παρίσταται ασυνήθιστα χαμηλή, κατ' επίκληση έργων με αντικείμενο οικοδομικά έργα και έργα υποδομής, τα οποία δημοπρατήθηκαν τα προηγούμενα έτη. Τούτο διότι και στην περίπτωση αυτή επιχειρείται η σύγκριση μη ομοειδών έργων, δοθέντος ότι πρόκειται κυρίως για κτίρια γραφείων -εκπαίδευσης (α/α 1-7 σελ. 17 της παρέμβασης) και έργα υποδομών -οδοποιίας (α/α 6-13 σελ. 17 της

παρέμβασης). Πέραν τούτων, τα έργα αυτά δημοπρατήθηκαν τα έτη 2018 - 2019, όπου ενώ οι τιμές δημοπράτησης εί ναι ίδιες, οι τιμές κόστους ήταν καταφανώς πιο χαμηλές σε σχέση με το υπό κρίση έργο, όπου δημοπρατήθηκε όλως προσφάτως, όπου οι τιμές αγοράς των υλικών έχουν αυξηθεί 20 -25% μεσοσταθμικά, με κύριο άξονα τις τιμές όλων των ειδών χάλυβα, που σε πολλές περιπτώσεις αγγίζουν και το 80%, όπως προκύπτει από επίσημα στατιστικά στοιχεία που θέτουμε υπόψη σας με το παρόν (βλ. ανωτέρω υπό α) και συνεπώς δεν είναι συγκρίσιμες οι εκπτώσεις. Αναφορικά δε με το α/α 9 (σελίδα 18 της παρέμβασης της) έργο [Κάθετος άξονας 56- Ολοκλήρωση Σύνδεσης Αυτοκινητοδρόμου ... και ... με τον ... προβλήτα ... και το Οδικό Δίκτυο ...], που περιλαμβάνεται στα επικαλούμενα «παρεμφερή έργα», και για το οποίο η εταιρεία μας είχε προφέρει έκπτωση 50%, δέον όπως τονιστεί ότι δεν αποτελεί συγκρίσιμο παράδειγμα δεδομένου ότι πρόκειται για ένα αμιγές έργο οδοποιίας, το οποίο θα εκτελούνταν με ιδιόκτητα μηχανήματα οδοποιίας και με το μόνιμο προσωπικό, το οποίο περιλαμβάνεται στα γενικά έξοδα, εν αντιθέσει με το υπό δημοπράτηση έργο, το οποίο είναι κατά κύριο λόγο οικοδομικό έργο και η συμμετοχή των υλικών κατ' αναλογία είναι πολύ μεγαλύτερη και δεν εξαρτάται από την χρήση τυχόν ιδιόκτητου μηχανολογικού εξοπλισμού και κατά συνήθη πορεία εκτελείται με μικρούς υπεργολάβους. Πέραν τούτων, τα παρατιθέμενα προς σύγκριση έργα δημοπρατήθηκαν προ ετών και δη κατά την περίοδο κορύφωσης της οικονομικής κρίσης της χώρας μας και πριν την έξαρση της πανδημίας covid – (η οποία εκτίναξε στα ύψη τις τιμές των υλικών ιδίως του χάλυβα λόγω του περιορισμού των εισαγωγών), όπου ο συνολικός προϋπολογισμός των δημοπρατούμενων έργων ήταν ελάχιστος και οι εκεί προσφερόμενες εκπτώσεις θα πρέπει να αξιολογούνται υπό το πρίσμα και τα δεδομένα του χρόνου δημοπράτησης τους και ως εκ τούτου δεν δύνανται λόγω των τότε ισχυουσών διαφορετικών συνθηκών να αποτελέσουν μέγεθος σύγκρισης για εκπτώσεις προσφερθείσες επί δημοπρατούμενων μελλοντικά έργων. Σε κάθε περίπτωση είναι σκόπιμο να αναφερθεί ότι η ανάληψη ενός έργου από μια εταιρεία με μεγάλη έκπτωση, ως προελέχθη, δεν σημαίνει υποχρεωτικά ότι αποκόμισε κέρδος από την εκτέλεση του έργου αυτού. Υπό την

εκδοχή αυτή όλες οι εργολήπτριες εταιρείες θα παρουσίαζαν μόνο κέρδη. Ωστόσο, αυτό επ' ουδενί είναι αληθές. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η περίπτωση της ανώνυμης εταιρείας, η οποία αποτελεί τον κατεξοχήν μειοδότη στον επιλεκτικά παρατιθέμενο από την παρεμβαίνουσα πίνακα έργων (σελίδες 17 και 18 της παρέμβασης). Τούτο διότι, όπως προκύπτει από τους δημοσιευμένους ισολογισμούς αυτής στο ΓΕΜΗ που είναι ευχερώς αναζητήσιμοι, τα τελευταία χρόνια παρά την ανάληψη πλήθους έργων πλην όμως με πολύ μεγάλες εκπτώσεις βρίσκεται σε δεινή οικονομική θέση, έχοντας κλονιστεί η βιωσιμότητά της. Τα προβλήματα αυτά προφανώς δεν οφείλονται στα κέρδη από τα έργα που αποκόμισε από την ανάληψη των αναφερόμενων έργων, αλλά ως προκύπτει κατά λογική ακολουθία από την ζημιογόνο εκτέλεση αυτών εξαιτίας υπερβολικά χαμηλών προσφορών, οι οποίες ουσιαστικά δεν της επέφεραν κανένα όφελος παρά μόνο ζημιές.

Με πιο απλά λόγια τα κέρδη και ζημιές που εμφανίζονται στους ισολογισμούς της δύναται να αποτελέσουν το αμάχητο τεκμήριο για την κερδοφορία ή την ζημία από τα έργα αυτά και όχι απλά η ανάληψή τους. Ενδεικτικά επισυνάπτουμε τους δημοσιευμένους ισολογισμούς των δύο τελευταίων ετών, απ' όπου προκύπτουν ότι οι ζημιές προ φόρων της ... ανέρχονται σε 107.178.000 € το 2018 και το 132.890.000 € 2019 (ΣΧΕΤ. 3 και 4). [...]

Επομένως, σύμφωνα με τα ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, κατά δεσμία αρμοδιότητα δυνάμει του άρθρου 4.1. της Διακήρυξης, σε συνδυασμό με το άρθρο 88 του Ν. 4412/2016, ν' απόσχει από την κατακύρωση του αποτελέσματος στην, καθώς εγείρονται σοβαρές υποψίες ότι η υποβληθείσα προσφορά της, ως και η προσφορά της β' κατά σειρά μειοδοσίας ως άνω ένωσης, είναι ασυνήθιστα χαμηλές και συνεπώς παρανόμως επέλεξε να συνεχίσει την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης της επίδικης σύμβασης, αναδεικνύοντάς την προσωρινή ανάδοχο και παραλείποντας να καλέσει τους ως άνω οικονομικούς φορείς να αιτιολογήσουν τις προδήλως ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές της, και η προσβαλλόμενη πρέπει να ακυρωθεί.

II. Επί του δεύτερου λόγου της προσφυγής μας, ήτοι ότι μέλη της ένωσης οικονομικών φορέων «...» παρέλειψαν να απαντήσουν στο οικείο πεδίο του ΕΕΕΣ σχετικά με τους προβλεπόμενους οικονομικούς δείκτες που απαιτούσε του άρθρο 22.Γ.α της διακήρυξης, με αποτέλεσμα

Ο παρεμβαίνων οικονομικός φορέας Ένωση Οικονομικών Φορέων «...» ισχυρίζεται ότι εν προκειμένω η εγγραφή και κατάταξη στα ΜΕΕΠ και η κατοχή αντίστοιχου πτυχίου από τα μέλη αυτού αποτελεί κατ' αρχήν τεκμήριο καταλληλότητας για τις πληροφορίες που παρέχει. Με αφετηρία τον συλλογισμό αυτό ο παρεμβαίνων υπολαμβάνει ότι εφόσον τα μέλη αυτού δήλωσαν σε έτερα σημεία του ΕΕΕΣ τους [Μέρος II Α Πεδίο: Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα, όσο και στο μέρος IV: κριτήρια επιλογής και Μέρος IV πεδίο: Άλλες οικονομικές ή χρηματοοικονομικές απαιτήσεις] την τάξη του ΜΕΕΠ στην οποία είναι εγγεγραμμένο έκαστο εξ αυτών δεν όφειλαν τάχα να προβούν σε συμπλήρωση και του πεδίου: Χρηματοοικονομικές Αναλογίες (δείκτες), επιλέγοντας να το αφήσουν κενό, διότι κατά τις εκτιμήσεις τους η απαίτηση αυτή καλύπτεται από τις υπόλοιπες δηλώσεις στο ΕΕΕΣ. Προς ενίσχυση δε της θέσεως του η ως άνω παρεμβαίνουσα ένωση επικαλείται την υπ' αριθμ. 986/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ, ενώ παράλληλα προβάλλει ότι ακόμη κι αν θεωρηθεί ότι τα μέλη της παρέλειψαν να συμπληρώσουν το σχετικό πεδίο, η προσφορά της δεν καθίσταται εξ αυτού του λόγου αποκλειστέα καθώς ο αναθέτων φορέας όφειλε να την καλέσει προς συμπλήρωση/διευκρίνιση και να μην αποκλείσει την προσφορά της. Ο ισχυρισμός αυτός της παρεμβαίνουσας ένωσης οικονομικών φορέων «...» είναι στο σύνολό του απορριπτέος ως αβάσιμος, ενώ παράλληλα έρχεται σε ευθεία αντίστ ιξη με τα κριθέντα στο πλαίσιο της απόφασης της ΕΑ ΣτΕ 234/2020, την οποία επικαλούμαστε και στην προσφυγή μας, όπου και παραπέμπουμε για αποφυγή άσκοπων επαναλήψεων. Δυνάμει δε της απόφασης αυτής της ΕΑ ανεστάλη η ως άνω μνημονευόμενη από την παρεμβαίνουσα απόφαση της ΑΕΠΠ 986/2020, την οποία ατυχώς επικαλείται καθώς έχει ανασταλεί η ισχύς της. Ειδικότερα, ως έχει κριθεί *ad hoc* με την απόφαση ΕΑ ΣτΕ 234/2020 (σκ. 11), η παράλειψη απάντησης σε ένα ερώτημα του ΕΕΕΣ δεν δύναται να συναχθεί από τις απαντήσεις που έδωσε ο

οικονομικός φορέας σε άλλα ερωτήματα, ακόμα και εντός του ίδιου ΕΕΕΣ, και τούτο διότι «...η παράλειψη απάντησης στο συγκεκριμένο ερώτημα συνιστά ουσιώδη παράλειψη κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ, διότι ο οικονομικός φορέας παραλείπει να δηλώσει, αν πληροί ένα εκ των κριτηρίων χρηματοοικονομικής επάρκειας, το οποίο τίθεται επί ποινή αποκλεισμού, και δεν δύναται η ελλείπουσα απάντηση επί του συγκεκριμένου ερωτήματος να συναχθεί από τις απαντήσεις που έδωσε ο οικονομικός φορέας σε άλλα ερωτήματα, ακόμη και εντός του ίδιου κεφαλαίου του ΕΕΕΣ...».

Ούτως εχόντων των πραγμάτων και δη λαμβάνοντας υπόψη ότι η ως άνω απόφαση της ΕΑ ΣτΕ ανέστειλε την ΑΕΠΠ 986/2020, στην οποία εδράζεται η άμυνα της παρεμβαίνουσας, καθίσταται σαφές ότι η υιοθετούμενη από αυτήν θέση αποτελεί μη επιτρεπτή *contra legem* ερμηνεία της ως άνω απόφασης του ΕΑ ΣτΕ, η οποία έχει κρίνει ειδικά επί του ίδιου νομικού ζητήματος, επιλύοντάς το ρητά, μέσω υιοθέτησης σαφώς της θέσης ότι η μη απάντηση επί συγκεκριμένου ερωτήματος του ΕΕΕΣ αναφορικά με τιθέμενο επί ποινή αποκλεισμού κριτήριο [και δη συγκεκριμένα επί του κρίσιμου πεδίου του ΕΕΕΣ – Μέρος IV, Κριτήρια Επιλογής, Β. Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια, Χρηματοοικονομικές αναλογίες (δείκτες)], δεν δύναται να καλυφθεί από έτερα πεδία του ΕΕΕΣ, ως αβασίμως προβάλλει η παρεμβαίνουσα, με αποτέλεσμα να καθίσταται αποκλειστέα η προσφορά της λόγω του ουσιώδους πλημμέλειας αυτής. Λόγω δε του ουσιώδους χαρακτήρα της παράλειψης τούτης, όπως απαντηθεί το σχετικό ερώτημα του ΕΕΕΣ δεν χωρεί η, κατ' εφαρμογή του άρ. 102 του ν. 4412/2016, δυνατότητα συμπλήρωσης αυτού, όπως εσφαλμένως υπολαμβάνει η προσφεύγουσα, διότι εν προκειμένω η εν γένει παράλειψη συμπλήρωσης του άνω αναφερόμενου πεδίου του ΕΕΕΣ είναι πρόδηλη, τυχόν δε συμπλήρωση αυτού θα ισοδυναμούσε με ανεπίτρεπτη μεταγενέστερη αντικατάσταση εγγράφου που έχει υποβληθεί στο διαγωνισμό, δοθέντος ότι τα μέλη της ως άνω ενώσεως στο υποβληθέν ΕΕΕΣ εκάστου εξ αυτών, δεν δήλωσαν τίποτα ως προς τους δείκτες βιωσιμότητας, αφήνοντας κενό το σχετικό πεδίο κενό, με αποτέλεσμα να μην καταλείπεται πεδίο συμπλήρωσης ενός εξαρχής μη απαντηθέντος ερωτήματος, καθώς ουσιαστικά θα ισοδυναμούσε με

την υποβολή νέου ΕΕΕΣ. Ως εκ τούτου, παρίσταται ως νομικά και ουσιαστικά αβάσιμος και ο σχετικός ισχυρισμός της ως άνω παρεμβαίνουσας ένωσης, με αποτέλεσμα η προσφορά της ως άνω ενώσεως να είναι εξ ορισμού αποκλειστέα χωρίς να καταλείπεται πεδίο θεραπείας αυτής...».

11. Επειδή, από την επισκόπηση του συνόλου των στοιχείων της εξεταζόμενης υπόθεσης, προκύπτουν τα εξής:

• **1^{ος} (κοινός) λόγος Προσφυγής: Ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά**

Α) Από την επισκόπηση του οικείου φακέλου προκύπτει ότι η προσφεύγουσα δεν επέστησε ρητώς την προσοχή της οικείας αναθέτουσας αρχής ως προς την υποβολή «εξαιρετικά χαμηλής προσφοράς» εκ μέρους των δύο παρεμβαίνόντων, ενέργεια που γεννά την υποχρέωση της τελευταίας να απαντήσει με σαφή, ειδική και επαρκή αιτιολογία, αφού προηγουμένως ζητήσει σχετικές διευκρινίσεις από τους διαγωνιζόμενους που φέρονται ότι έχει υποβάλει την «ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά», υπό την έννοια του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016. Εντούτοις, από καμία διάταξη νόμου δεν απαγορεύεται, όπως διατυπωθούν ισχυρισμοί περί υποβολής «ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς» το πρώτον στο πλαίσιο άσκησης Προδικαστικής Προσφυγής ενώπιον της Αρχής. Κατά την ειδική γνώμη του Μέλους Χ. Ζαράρη, καταρχήν ουδόλως προβλέπεται στο νομικό πλαίσιο που διέπει την ενώπιον της ΑΕΠΠ διαδικασία, η προγενέστερη της προδικαστικής προσφυγής κατάθεση Υπομνήματος ενώπιον της αναθέτουσας αρχής. Επομένως, ουδεμία υποχρέωση είχε ο προσφεύγων όπως επιστήσει την προσοχή της αναθέτουσας αρχής ως προς το ασυνήθιστα χαμηλό των προσφορών των παρεμβαίνόντων προ άσκησης της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής.

Περαιτέρω, ως προς τον ισχυρισμό του προσφεύγοντος ότι οι επίμαχες Προσφορές παρουσιάζουν μεγάλη απόκλιση από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών, τόσο η οικεία αναθέτουσα αρχή, όσο και οι δύο (2) παρεμβαίνοντες υποστηρίζουν ότι, σύμφωνα με το άρθρο 32 του Ν. 4782/2021 (ΦΕΚ Α 36), σε συνδυασμό με το άρθρο 142 παρ. 3 του ως άνω νόμου, οι νέες διατάξεις του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016— οι οποίες

καθιερώνουν **τεκμήριο ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών**, όταν οι προσφορές που υποβάλλονται σε έναν διαγωνισμό εμφανίζουν **απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν** — ισχύουν από 01.06.2021 και εντεύθεν. Συνεπώς, οι διαγωνιστικές διαδικασίες που εκκίνησαν πριν την ως άνω ημερομηνία, όπως είναι η επίμαχη διαδικασία, εξακολουθούν, κατά την άποψή τους, να διέπονται από το άρθρο 88 του Ν. 4412/2016, ως ίσχυε πριν από την τροποποίησή του με τον Ν. 4782/2021.

Ωστόσο, ως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα: *«Με την τροποποίηση της διάταξης του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016 δεν ρυθμίστηκαν ζητήματα σχετιζόμενα με τον τρόπο υποβολής των προσφορών, αλλά εξειδικεύθηκαν οι όροι χαρακτηρισμού μίας οικονομικής προσφοράς ως ασυνήθιστα χαμηλής στις συμβάσεις έργων. Η εξειδίκευση αυτή, που κατά το προγενέστερο καθεστώς προβλεπόταν να λάβει χώρα μέσω εγκυκλίων, ρυθμίστηκε από τον ίδιο το νομοθέτη με τροποποίηση της σχετικής διάταξης και προσθήκης της παρ. 5α . Η τροποποίηση αυτή αφορά ένα ουσιαστικό, και όχι διαδικαστικό, ζήτημα ως προς τον τρόπο με τον οποίο αντιλαμβάνεται ο νομοθέτης μία προσφορά σε ένα δημόσιο έργο ως ασυνήθιστα χαμηλή, κατευθύνοντας σαφέστατα τις αναθέτουσες αρχές στο πώς πρέπει να ενεργούν σε περιπτώσεις σημαντικών αποκλίσεων...»*.

Επομένως, ανεξαρτήτως της έναρξης εφαρμογής του νέου άρθρου 88 παρ. 5 α) του προαναφερθέντος νόμου, που σε κάθε περίπτωση, ενσωματώνει την ήδη διαμορφωθείσα ως προς το εξεταζόμενο ζήτημα πλούσια εθνική και ενωσιακή νομολογία και **δοθέντος ότι το ασυνήθιστα χαμηλό ποσό μιας Προσφοράς κρινόταν πάντοτε (μεταξύ άλλων) και εν συγκρίσει με τις λοιπές προσφορές που υποβλήθηκαν στον ίδιο διαγωνισμό**, επειδή, εν προκειμένω, ο μέσος όρος έκπτωσης παραδεκτών προσφορών ανέρχεται σε: $(31,61 \% + 30,52 \% + 10,54 \% + 7,20 \% + 6,99 \%) : 5 = 86,86 / 5 = 17,372 \%$ και οι Προσφορές των 2 παρεμβαινόντων παρουσιάζουν μεγάλη απόκλιση από το

μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων, δηλαδή εμφανίζονται ως ασυνήθιστα χαμηλές, η αναθέτουσα αρχή θα έπρεπε να είχε ζητήσει σχετικές επεξηγήσεις.

Β) Υπενθυμίζεται στο σημείο αυτό, ότι η δικαιολόγηση της θέσπισης της δυνατότητας των αναθετουσών αρχών να εντοπίζουν τις «ασυνήθιστα χαμηλές προφορές», δεν συνεπάγεται την απεριόριστη άσκηση διακριτικής ευχέρειας κατά την εκτίμηση αυτή. Τουναντίον, οι αποφάσεις τους θα πρέπει να καθοδηγούνται από τις γενικές αρχές των Οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις και της ΣΛΕΕ, ενώ θα πρέπει να τηρούνται οι γενικές αρχές δικαίου και ιδίως, η αρχή της νομιμότητας και η αρχή της χρηστής διοίκησης. Ειδικότερα, στο πεδίο των δημοσίων συμβάσεων σύμφωνα με το άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» του Ν. 4412/2016 (ομοίως, άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να καθοδηγούνται και από την αρχή απαγόρευσης των διακρίσεων και του ελεύθερου ανταγωνισμού. Εξάλλου, ακόμη και ελλείψει χαρακτηριστικών που δημιουργούν διακρίσεις, η αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού μπορεί να επιβάλει πρόσθετους περιορισμούς στην ικανότητα της αναθέτουσας αρχής να δέχεται ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, εμποδίζοντάς την να το πράξει, εάν η αποδοχή της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς δημιουργεί ή ενισχύει στρέβλωση του ανταγωνισμού στην εν λόγω αγορά. Επομένως, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει τουλάχιστον να αποτρέπονται από την αποδοχή ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών που υποβάλλονται από μια επιχείρηση με δεσπίζουσα θέση, καθώς και από ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές που θα μπορούσαν να αποδειχθούν ως αποτέλεσμα συμπαιγνιακών συμφωνιών μεταξύ υποψηφίων που είχαν ως στόχο την κατανομή της αγοράς (δηλαδή ως παράδειγμα εναλλαγής προσφορών, μποϊκοτάζ άλλων υποψηφίων κ.λπ.). (Βλ. Dr Albert Sanchez Graells - Rejection of abnormally low and non-compliant tenders in EU public procurement: A comparative view on selected jurisdictions).

Από τις διατάξεις του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016, συνάγεται ότι η υποβολή «ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς» δύναται να νοθεύσει τον ανταγωνισμό και να πλήξει την επί ίσοις όροις συμμετοχή των ενδιαφερομένων στους διαγωνισμούς για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων, αφού με τη μεθόδευση

αυτή οι λοιποί υποψήφιοι αποκλείονται κατά το στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών και η διαδικασία αποβαίνει υπέρ του διαγωνιζομένου εκείνου που προσφέρει τις υπηρεσίες του αντί αδικαιολόγητα χαμηλού, σε σχέση με τα κρατούντα στην αγορά, τιμήματος. Περαιτέρω, η υποβολή «ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς» - ως τέτοιας προφανώς νοουμένης και της οικονομικής προσφοράς, που αν και φαίνεται ότι καλύπτει το κόστος παροχής των ζητούμενων υπηρεσιών, δεν καταλείπει εύλογο εργολαβικό κέρδος, δηλαδή χρηματικό όφελος τέτοιας έκτασης που να δικαιολογεί τη συμμετοχή στη διαδικασία του διαγωνισμού - διακινδυνεύει και το δημόσιο συμφέρον, στο μέτρο που ο ανάδοχος ενδέχεται, κατά λογική ακολουθία, να επιχειρήσει κατά την εκτέλεση της σύμβασης να καλύψει τη ζημία που υφίσταται, εξαιτίας του αδικαιολόγητα χαμηλού τιμήματος, σε βάρος της ποιότητας ή και της ποσότητας των παρεχόμενων υπηρεσιών (βλ. σχετικά S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement* (2005) σελ. 532- 534; P Trepte, *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation* (Oxford, Oxford University Press, 2004) σελ.165-166 and 197; και P Trepte, *Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide*, 2η έκδοση (Oxford, Oxford University Press, 2007, σελ. 474, και AR Engel, *Managing Risky Bids, Handbook of Procurement* (Cambridge, Cambridge University Press, 2006) σελ. 322, 326.

Στο σημείο αυτό θα πρέπει, επίσης, να αναφερθεί ότι η αρχή της χρηστής διοίκησης επιβάλλει στα διοικητικά όργανα να ασκούν τις αρμοδιότητές τους σύμφωνα με το αίσθημα δικαίου που επικρατεί, ώστε κατά την εφαρμογή των σχετικών διατάξεων να αποφεύγονται οι ανεπιεικείς και απλώς δογματικές ερμηνευτικές εκδοχές και να επιδιώκεται η προσαρμογή των κανόνων δικαίου προς τις επικρατούσες κοινωνικές και οικονομικές συνθήκες και απαιτήσεις (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010, σελ. 96). Αλλά και σε ενωσιακό επίπεδο (βλ. αντί πολλών ΔΕΚ της 04.03.1996, C-46/93 και C48/93, *Brasserie du Pecheur* και *Factortame*, σκέψεις 43-45), είναι αυτονόητη η αναγνώριση στην Διοίκηση

διακριτικής ευχέρειας και μάλιστα ευρείας σε ζητήματα, σχετιζόμενα με οικονομικού χαρακτήρα επιλογές.

Γ) Εντούτοις, λόγω της φύσης της Προσφυγής, που εντάσσεται στο πλέγμα των ενδικοφανών Προσφυγών, καθίσταται δυνατή και η κατ' ουσίαν επανεξέταση της υπόθεσης, δηλαδή η νέα έρευνα και η διαφορετική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών (ΣτΕ 2971/1989), αν και η Α.Ε.Π.Π διαθέτει μόνο ακυρωτική εξουσία σε αντίθεση με τον κανόνα των Προδικαστικών Προσφυγών όπου το αρμόδιο όργανο προς το οποίο ασκείται μπορεί να ακυρώσει εν όλω ή εν μέρει την πράξη ή να την τροποποιήσει για λόγους ουσίας (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», Νομική Βιβλιοθήκη, Τόμος 1, 15η Έκδοση, 2017, σελ. 229). Ειδικότερα, ως έχει κριθεί, σε περίπτωση αποδοχής της Προδικαστικής Προσφυγής, η Α.Ε.Π.Π ακυρώνει την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής ή την επίδικη παράλειψή της και αναπέμπει την υπόθεση στην αναθέτουσα αρχή, προκειμένου η τελευταία να προβεί στην οφειλόμενη ενέργεια, συμμορφούμενη προς την Απόφαση της Α.Ε.Π.Π, η οποία δεν έχει εξουσία ούτε να τροποποιήσει την προσβαλλόμενη πράξη, ούτε να προβεί η ίδια στην οφειλόμενη ενέργεια, καθ' υποκατάσταση της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΕΑ ΣτΕ 54/2018, σκέψη 8 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

Από το συνδυασμό των ανωτέρω προκύπτει ότι στην προκείμενη περίπτωση, προκειμένου να θεμελιωθεί το νόμιμο ή μη της προσβαλλόμενης Απόφασης, απαιτείται η προηγούμενη κλήση των ανταγωνιστών της προσφεύγουσας, σύμφωνα με το άρθρο 88 του Ν. 4412/2016 προς παροχή διευκρινίσεων σχετικά με το ποσό της οικονομικής τους προσφοράς και η διατύπωση ειδικά αιτιολογημένης κρίσης της αναθέτουσας αρχής επί των ουσιωδών εκατέρωθεν ισχυρισμών. Εν προκειμένω, σύμφωνα με τα αναγραφόμενα στην παρούσα σκέψη, η Α.Ε.Π.Π δεν δύναται να υποκαταστήσει την αναθέτουσα αρχή και να ασκήσει η ίδια το πρώτον την αρμοδιότητα αυτής.

Κατά την ειδική γνώμη του Μέλους Χ. Ζαράρη *«στην επίμαχη διαδικασία δεν τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 32 ν.4782/2021 με το οποίο τροποποιήθηκε το άρθρο 88 ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η εφαρμογή του άρχεται στις 01.06.2021*

(βλ. αρ.142 ν.4782/2016) ήτοι σε μεταγενέστερο της δημοσίευσης της προκήρυξης χρόνου όπου παγίως ο διαγωνισμός διέπεται από το νομικό καθεστώς του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης (ΕΑ 228,231/2003 κ.α). Πέραν τούτων, όπως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή και οι παρεμβαίνοντες δεν περιλαμβάνεται στους όρους της διακήρυξης τους οποίους αποδέχθηκε ανεπιφύλακτα ο προσφεύγων, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου. Ωστόσο, η τροποποίηση του ως άνω άρθρου παρέχει έναν ουσιαστικό «οδηγό» στις εκάστοτε αναθέτουσες αρχές για τον χαρακτηρισμό προσφοράς που καταρχήν εμφανίζεται ως ασυνήθιστα χαμηλή, και τούτο ανεξαρτήτως του χρόνου που εκκίνησε η διαδικασία ανάθεσης, άλλωστε το ΦΕΚ του ν. 4412/2021 δημοσιεύθηκε στις 09.03.2021, ήτοι περί τους 2,5 μήνες προ της δημοσίευσης της διακήρυξης και εν πάσει περιπτώσει η εν λόγω διάταξη αποτελεί προσπάθεια του νομοθέτη προς αντιμετώπιση χρόνιων παθογενειών στην οποία και προφανώς δεν κατέληξε αυθαιρέτως. Συγκεκριμένα στην αιτιολογική έκθεση του ν. .../2021 (...) ως προς το επίμαχο άρθρο ρητά αναγράφεται «Με το άρθρο 32 τροποποιείται το άρθρο 88 του ν. 4412/2016. Ειδικότερα, προτείνεται η λήψη δέσμης μέτρων για να καταπολεμηθεί το φαινόμενο των ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, που οδηγεί σε υποκοστολογημένες προσφορές με συνακόλουθη αδυναμία ολοκλήρωσης του έργου και εμφάνισης σοβαρών ποιοτικών προβλημάτων, ενώ συγχρόνως διογκώνεται το φαινόμενο των συμπληρωματικών συμβάσεων. Στο πλαίσιο αυτό καθορίζεται ένα συνδυασμένο όριο έκπτωσης άνω του οποίου ο οικονομικός φορέας υποχρεούται μετά από πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής να υποβάλλει έγγραφες εξηγήσεις, τυχόν δε άρνησή του επάγεται την κήρυξη της προσφοράς του ως απαράδεκτης και καταπίπτει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής. Συγκεκριμένα στις δημόσιες συμβάσεις έργων, μελετών, παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, ως ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές, σε κάθε περίπτωση, τεκμαίρονται προσφορές που υποβάλλονται σε διαγωνισμό και εμφανίζουν απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο του συνόλου των εκπτώσεων των παραδεκτών προσφορών που υποβλήθηκαν, ενώ δύναται η αναθέτουσα αρχή να κρίνει και άλλες προσφορές

με μικρότερη ή και καθόλου έκπτωση ως ασυνήθιστα χαμηλές. Προσθέτως, ρητά πλέον προβλέπεται ότι τα οικονομικά στοιχεία των εξηγήσεων που παραθέτει προς την αναθέτουσα αρχή αποτελούν δεσμευτική συμφωνία και τα εν λόγω στοιχεία δεν δύνανται να μεταβληθούν σε μεταγενέστερο χρόνο».

Το σύνολο των ως άνω κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής οφείλουν να αποτελούν στοιχεία γνωστά στην αναθέτουσα αρχή. Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή επί των προβαλλόμενων ισχυρισμών του προσφεύγοντος που αφορά στην κοστολόγηση των προσφορών των ήδη παρεμβαινόντων ουδέν συγκεκριμένο αναφέρει, παρά μόνο αβασίμως ισχυρίζεται ότι «Με βάση τη σχετική διάταξη του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 όπως ισχύει για τον παρόντα διαγωνισμό, η κρίση της Αναθέτουσας Αρχής ως προς το θέμα αυτό δεν απαιτεί ειδική αιτιολόγηση και είναι απρόσβλητη», και τούτο διότι αφενός ο χαρακτηρισμός μιας προσφοράς ως εμφανιζόμενης ως ασυνήθιστα χαμηλής εναπόκειται μεν στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, ωστόσο, ως πράξη διακριτικής ευχέρειας υπόκειται σε δικαστικό έλεγχο, καταρχήν δε της ΑΕΠΠ, και ουδόλως αυτή καθίσταται απρόσβλητη (ΣτΕ 3439/2014, Επ.Αν. 220/2017, 236/2015, Δ.Εφ.Αθ. 87/2019), αφετέρου η αναθέτουσα αρχή ουδέν αναφέρει επί των ισχυρισμών του προσφεύγοντος ούτε καν επιχειρεί να αποκρούσει τοιαύτους, ισχυριζόμενη έστω ότι τυχόν δεν είναι ουσιώδεις, παρά μόνο ισχυρίζεται όλως αορίστως ότι « Στην προκειμένη περίπτωση η Αναθέτουσα Αρχή δεν έκρινε αναγκαίο να ζητήσει αιτιολόγηση για οιαδήποτε εκ των Οικονομικών Προσφορών που υποβλήθηκαν». Επομένως, η προσβαλλόμενη πάσχει ακυρότητας λόγω πλημμελούς αιτιολογίας (βλ. μεταξύ άλλων ad hoc ΑΕΠΠ 349/2018 Εισ. Χ.Ζαράρη) και πρέπει να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα αρχή κατά τα γενόμενα δεκτά εκ της Εισήγησης».

- 2^{ος} λόγος Προσφυγής που αφορά στην 2^η παρεμβαίνουσα: Παράλειψη συμπλήρωσης πεδίου του Ε.Ε.Ε.Σ που αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια - Μη προαπόδειξη πλήρωσης του κριτηρίου επιλογής του άρθρου 22Γ της Διακήρυξης

Κατά την προσφεύγουσα, η εσφαλμένη (με τη θέση της φράσης: «Δεν απαιτείται») συμπλήρωση ή άλλως, η παράλειψη συμπλήρωσης του πεδίου σχετικά με τους δείκτες βιωσιμότητας (βλ. Ενότητα Β του Μέρους IV του Ε.Ε.Ε.Σ), συνεπάγεται την απόρριψη της επίμαχης Προσφοράς, λόγω πλημμελούς συμπλήρωσης του ως άνω εντύπου, η πλημμέλεια δε τούτη δεν είναι δεκτική επιτρεπτής διευκρίνισης, κατά το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, διότι είναι ουσιώδης, αφού αφορά σε απαράβατο όρο, η μη πλήρωση του οποίου συνεπάγεται απόρριψη της συγκεκριμένης Προσφοράς. Όπως ειδικότερα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, το γεγονός ότι δεν δηλώθηκαν τα ζητούμενα στοιχεία, συνεπάγεται αδυναμία προαπόδειξης της πλήρωσης του κριτηρίου επιλογής του άρθρου 22Γ της ένδικης Διακήρυξης (όρος επί ποινή αποκλεισμού).

- Κατά την παρεμβαίνουσα, επειδή η εγγραφή και κατάταξη στο Μ.Ε.ΕΠ και η κατοχή του αντίστοιχου πτυχίου αποτελεί τεκμήριο καταλληλότητας για τις πληροφορίες που παρέχει, το Ε.Ε.Ε.Σ που υπέβαλε στον ένδικο Διαγωνισμό έχει συμπληρωθεί προσηκόντως. Όπως ειδικότερα υποστηρίζει η εν λόγω ένωση, το γεγονός ότι η εταιρία «.....» είναι εγγεγραμμένη στην 5η τάξη Μ.Ε.ΕΠ, η εταιρία «....», είναι εγγεγραμμένη στην 5η τάξη Μ.Ε.ΕΠ και τέλος, η εταιρία «...», είναι εγγεγραμμένη στην 6η τάξη Μ.Ε.ΕΠ (στοιχεία που, άλλωστε, δηλώθηκαν από τις ως άνω εταιρίες-μέλη, τόσο στο Μέρος II, όσο και στο Μέρος IV του Ε.Ε.Ε.Σ), συνεπάγεται αυτομάτως ότι πληρούνται τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 22Γ, κατ' εφαρμογή του άρθρου 100 του Ν. 3669/2008, άρα και οι επίμαχοι δείκτες βιωσιμότητας. Τέλος, η 2^η παρεμβαίνουσα επισημαίνει ότι από το κείμενο της Προσφοράς και τις περιστάσεις της συγκεκριμένης υπόθεσης, συνάγεται ότι το επίμαχο σφάλμα «*μπορεί να εξηγηθεί με απλότητα και να αρθεί εύκολα*» (βλ. ΔΕΕ Tideland, σκ. 37, 43), χωρίς τούτο να έχει ως αποτέλεσμα την τροποποίηση της Προσφοράς της και επομένως, η αναθέτουσα αρχή είχε — βάσει του νέου άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, το οποίο ισχύει από τις 09.03.2021 και εντεύθεν, ήτοι, προ της δημοσίευσης της ένδικης Διακήρυξης — υποχρέωση όπως της ζητήσει σχετική συμπλήρωση ή διευκρίνιση.

• Υπενθυμίζεται ότι στο άρθρο 22Γ της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «Μεμονωμένοι οικονομικοί φορείς, που δραστηριοποιούνται σε ΟΙΚΟΔΟΜΙΚΑ ΕΡΓΑ, θα πρέπει να διαθέτουν κατά την τελευταία τους χρήση τουλάχιστον: [...] ΙΔΙΑ ΚΕΦΑΛΑΙΑ/ΣΥΝΟΛΟ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ >0,6 ΚΥΚΛΟΦΟΡΟΥΝ ΕΝΕΡΓΗΤΙΚΟ/ΒΡΑΧΥΠΡΟΘΕΣΜΕΣ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ >0,8 [...] Οι οικονομικοί φορείς που δραστηριοποιούνται σε έργα ΟΔΟΠΟΙΪΑΣ, θα πρέπει να διαθέτουν κατά την τελευταία τους χρήση τουλάχιστον: [...] ΙΔΙΑ ΚΕΦΑΛΑΙΑ/ΣΥΝΟΛΟ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ >0,6 ΚΥΚΛΟΦΟΡΟΥΝ ΕΝΕΡΓΗΤΙΚΟ/ΒΡΑΧΥΠΡΟΘΕΣΜΕΣ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ >0,8 [...] Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων υπό τους όρους των παρ.1 (ε) και 3(β) του άρθρου 76 του Ν.4412/2016, έκαστος οικονομικός φορέας που δραστηριοποιείται σε έργα ΟΔΟΠΟΙΪΑΣ, θα πρέπει να διαθέτει κατά την τελευταία του χρήση τουλάχιστον [...] ΙΔΙΑ ΚΕΦΑΛΑΙΑ/ΣΥΝΟΛΟ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ >0,6 ΚΥΚΛΟΦΟΡΟΥΝ ΕΝΕΡΓΗΤΙΚΟ/ΒΡΑΧΥΠΡΟΘΕΣΜΕΣ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ >0,8 [...] Οι οικονομικοί φορείς που δραστηροποιούνται σε ΗΛΕΚΤΡΟΜΗΧΑΝΟΛΟΓΙΚΑ ΕΡΓΑ, θα πρέπει να διαθέτουν κατά την τελευταία τους χρήση τουλάχιστον: [...] ΙΔΙΑ ΚΕΦΑΛΑΙΑ/ΣΥΝΟΛΟ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ >0,6 ΚΥΚΛΟΦΟΡΟΥΝ ΕΝΕΡΓΗΤΙΚΟ/ΒΡΑΧΥΠΡΟΘΕΣΜΕΣ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ >0,8 [...]».

• Περαιτέρω επισημαίνεται ότι, όπως γίνεται παγίως δεκτό, όλα τα πεδία του Τ.Ε.Υ.Δ. χρήζουν υποχρεωτικής συμπλήρωσης, λαμβανομένης ιδίως υπόψη της φύσης του, ως ουσιώδους δικαιολογητικού συμμετοχής, το οποίο σύμφωνα με το άρθρο 79 του Ν. 4412/2016, επέχει θέση Υπεύθυνης Δήλωσης με τις συνέπειες του Ν. 1599/1986 και λειτουργεί ως προκαταρκτική απόδειξη ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής που ορίζονται στη Διακήρυξη και στην κείμενη νομοθεσία. Για τον ανωτέρω λόγο, άλλωστε, δεν είναι επιτρεπτή η υποκατάστασή του Ε.Ε.Ε.Σ./Τ.Ε.Υ.Δ. από άλλα στοιχεία της προσφοράς των συμμετεχόντων, που δεν έχουν τον αυτό δεσμευτικό χαρακτήρα.

• Ειδικά ως προς τον ισχυρισμό της καθής η Προσφυγή ενώσεως, σύμφωνα με τον οποίο η αναθέτουσα αρχή όφειλε να την καλέσει προς παροχή σχετικών διευκρινίσεων λεκτέα είναι τα εξής:

Οι αναθέτουσες αρχές ζητούν διευκρινίσεις και συμπληρώσεις, μόνο για ασάφεια δικαιολογητικών και εγγράφων και για επουσιώδη σφάλματα, ιδίως για όλως τυπικής φύσης, γραφικά, λεκτικά, φραστικά σφάλματα, ως προς τη σήμανση και τη συσκευασία του φακέλου και των εγγράφων της Προσφοράς, τα νομιμοποιητικά στοιχεία, τη σήμανση αντιγράφων, μεταφράσεων και λοιπών Πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, τη διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της Προσφοράς από τα Υποδείγματα κλπ, ήτοι, σε περιπτώσεις που δεν συντρέχουν στην εξεταζόμενη υπόθεση. Είναι δε επιτρεπτή η συμπλήρωση και η διόρθωση, όταν από την ίδια τη φύση του σφάλματος προκύπτει ότι αυτό είναι έλασσον και ευχερές, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής, να λάβει χώρα κατά τη σύνταξη της Προσφοράς, ενώ η συμπλήρωση αυτή δεν πρέπει να είναι τέτοιας έκτασης, ώστε να προσδίδει πλεονέκτημα στον υπέρ ου οικονομικό φορέα έναντι των ανταγωνιστών του, (εισάγοντας ευμενή υπέρ αυτού διάκριση) και να επιτρέπει τη μεταβολή ήδη κατατεθείσας Προσφοράς (βλ. μεταξύ πολλών, υπ' αριθμ. 72/2021 Απόφαση 7ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π. σκέψη 18).

Ως εκ τούτου, η δυνατότητα διευκρινίσεων ή συμπληρώσεων ισχύουν, **ακόμη και στο πλαίσιο εφαρμογής του νέου άρθρου 102 του Ν. 4412/2016**, δεν ερμηνεύεται υπό την έννοια η αναθέτουσα αρχή δύναται να δέχεται εν γένει διορθώσεις παραλείψεων, οι οποίες, κατά τη ρητή πρόβλεψη εγγράφων της σύμβασης, **επάγονται τον αποκλεισμό του υποψηφίου** (Βλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 6.11.2014, Υπόθεση C-42/13, Cartiera dell' Adda SpA κατά CEM Ambiente SpA, σκέψη 46, υπ' αριθμ. 471/2018 Απόφαση 1ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π, σκέψη 63, υπ' αριθμ. 201/2019 Απόφαση 7ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π, σκέψη 33, υπ' αριθμ. 973/2019 Απόφαση 7ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π., σκέψη 28, υπ' αριθμ. 1132_1133 Απόφαση 7ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π, σκέψη 34, κλπ).

Από τα ανωτέρω προκύπτει σαφώς, ότι το επίμαχο ερώτημα του Ε.Ε.Ε.Σ που αφορά σε στοιχείο, που εάν δεν πληρούται από έναν συμμετέχοντα, επάγεται τον αποκλεισμό του, έπρεπε **να τύχει υποχρεωτικής συμπλήρωσης** από τους οικονομικούς φορείς και πιο συγκεκριμένα, με αναγραφή των

συγκεκριμένων δεικτών και λόγων εντός του ζητούμενου εύρους, **ως αυτό διευκρινίσθηκε νομίμως από την αναθέτουσα αρχή (Ι.Κ./Σ.Υ>0,4 και Κ.Ε./Β.Υ>0,6)**. Αντιθέτως, η παράλειψη θέσης οιασδήποτε απάντησης στο συγκεκριμένο ερώτημα, όπως εν προκειμένω, συνιστά ουσιώδη παράλειψη κατά τη συμπλήρωση του εν λόγω εντύπου. Και τούτο, διότι ο συγκεκριμένος οικονομικός φορέας κατ' ουσίαν ΔΕΝ δήλωσε, εάν πληροί (ή όχι) ένα εκ των τιθέμενων υποκριτηρίων χρηματοοικονομικής επάρκειας, το οποίο, σε κάθε περίπτωση, τέθηκε επί ποινή αποκλεισμού. Περαιτέρω, κατ' εφαρμογή της αρχής της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων που διέπει τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, η ελλείπουσα απάντηση επί του συγκεκριμένου ερωτήματος δεν δύναται νομίμως να συναχθεί από τις απαντήσεις που έδωσε η εν λόγω ένωση σε έτερα ερωτήματα, ακόμη και εντός του ιδίου Μέρους του Ε.Ε.Ε.Σ. (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 234/2020).

Περαιτέρω, κατά την ειδική γνώμη του Μέλους Χ. Ζαράρη « *Η ρύθμιση του άρθρου 42 του ν. 4782/2021 με την οποία τροποποιήθηκε το άρθρο 102 του ν. 4412/2016 οφείλει να ερμηνευθεί υπό το πρίσμα του δικαίου της ΕΕ, καθώς το άρθρο αυτό συνιστά μεταφορά του άρθρου 56 παρ. 3 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Εξάλλου όπως αναφέρεται και στην αιτιολογική έκθεση της νέας διάταξης: «Η προτεινόμενη τροποποίηση αποτελεί ουσιαστική μετατόπιση του εθνικού θεσμικού πλαισίου πλησιέστερα προς το πνεύμα της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (παρ. άρθρου 56) της οποίας τη διατύπωση, ουσιαστικά, υιοθετεί». Συναφώς, το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ) έχει εκδώσει πλείστες αποφάσεις σε σχέση με το κατά πόσο είναι δυνατόν να γίνουν αποδεκτές διευκρινίσεις ή συμπληρώσεις των προσφορών κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας (βλ. ενδεικτικά, αποφάσεις του ΔΕΕ της 29.3.2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκ. 40 της 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, σκ. 63, Pizzo, C-27/15, Lavorgna, C-309/18, EU:C:2019:350, σκ. 22, Archus και Gama, C-131/16, όπ.αν., σκ. 37). Κατά πάγια νομολογία του ΔΕΕ, εάν μια υποχρέωση είχε ρητώς επιβληθεί επί ποινή αποκλεισμού στα σχετικά με τη δημόσια σύμβαση έγγραφα και υπό τον όρο ότι η*

υποχρέωση αυτή είχε διατυπωθεί εκεί με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία όπως απαιτεί το δίκαιο της ΕΕ (βλ. ενδεικτικά, την απόφαση του ΔΕΕ της 29.4.2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκ. 108-111), η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να δεχθεί οιοσδήποτε διορθώσεις παραλείψεων των εν λόγω υποχρεώσεων οι οποίες, κατά τις ρητές διατάξεις των εγγράφων του διαγωνισμού, συνεπάγονται τον αποκλεισμό του οικείου διαγωνιζόμενου (Manona, C-336/12, σκ. 39). Υπό την έννοια των ανωτέρω, το νέο άρθρο 102 του ν. 4412/2016, όπως αυτό διαμορφώθηκε δυνάμει του άρθρου 42 του ν. 4782/2021, δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι επιτρέπει τη θεραπεία οποιασδήποτε ελλείψεως των προσφορών. Η θεμιτή πρόνοια του Έλληνα νομοθέτη για τη διάσωση των προσφορών και των διαγωνισμών δεν μπορεί να καταλήγει σε καταστρατήγηση της εν προκειμένω πάγιας νομολογίας του ΔΕΕ και των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας. Συναφώς, έχει κριθεί ότι τα κράτη μέλη, εφόσον κάνουν χρήση της δυνατότητας που προβλέπεται στο άρθρο 56 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, «οφείλουν να μεριμνούν ώστε να μη διακυβεύεται η επίτευξη των σκοπών που επιδιώκει η οδηγία αυτή και να μη θίγεται η πρακτική αποτελεσματικότητα των διατάξεων της ούτε των άλλων συναφών διατάξεων και αρχών του δικαίου της Ένωσης, ειδικότερα των αρχών της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων, της διαφάνειας και της αναλογικότητας» (βλ. απόφαση του ΔΕΕ της 25.2.2018, MA.T.I. SUD, C-523/16, EU:C:2018:122, σκ. 48-49).»

Με βάση τα προρρηθέντα, το επίμαχο Ε.Ε.Ε.Σ δεν ήταν δεκτικό συμπληρώσεως/διευκρινίσεως, διότι στην προκείμενη περίπτωση, η καθής η Προσφυγή ένωση — η οποία σημειωτέον αποδέχθηκε ανεπιφύλακτα τους όρους συμμετοχής του υπόψη Διαγωνισμού — **έθεσε σαφή απάντηση** στο επίμαχο πεδίο: **«Δεν απαιτείται»**. Ειδικότερα, η επιλογή των μελών της ένωσης να θέσουν τη φράση: «Δεν απαιτείται», συνιστά σαφή απάντηση, η οποία δεν επιδέχεται διευκρίνισης/συμπλήρωσης, ως είθισται στις περιπτώσεις πρόδηλων

τυπικών σφαλμάτων ελάσσονος σημασίας και το κυριότερο, αφορά σε όρο της Διακήρυξης που τέθηκε επί ποινή αποκλεισμού.

Επομένως, αφής στιγμής, τα μέλη της ενώσεως παρέλειψαν να απαντήσουν στο επίμαχο ερώτημα που αφορά στους δείκτες βιωσιμότητας (χρηματοοικονομικές αναλογίες), διότι έκριναν ότι δεν απαιτείται η δήλωση των εν λόγω δεικτών (βλ. φράση: «Δεν απαιτείται» στα επίμαχα Ε.Ε.Ε.Σ), παρά τη ρητή προς τούτο απαίτηση της Διακήρυξης – ως αυτή περαιτέρω διευκρινίσθηκε - μη νομίμως έγινε αποδεκτή η εξεταζόμενη Προσφορά. Τουναντίον, ως βασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, η επίμαχη Προσφορά θα έπρεπε να είχε απορριφθεί, λόγω ουσιώδους παράλειψης κατά τη συμπλήρωση των Ε.Ε.Ε.Σ. και δη, κατά δέσμια αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, δοθέντος ότι η ένδικη Διακήρυξη – που αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, ΣτΕ 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους – δεν αρκείται στη δήλωση της τάξης του Μ.Ε.ΕΠ σε έτερα πεδία του εντύπου Ε.Ε.Ε.Σ, αλλά απαιτεί τη ρητή παράθεση (στο επίμαχο πεδίο) των ζητούμενων δεικτών βιωσιμότητας (απαράβατος όρος).

Θα πρέπει, επίσης, να υπομνησθεί στο σημείο αυτό ότι η συνυποβολή του ΕΕΕΣ. στο σταθερό χρονικό σημείο της υποβολής των προσφορών των διαγωνιζομένων με το προβλεπόμενο περιεχόμενο, αποτελεί ουσιώδη τυπική προϋπόθεση συμμετοχής στον διαγωνισμό, παράβαση δε του εν λόγω κανόνα εκ μέρους του συμμετέχοντος, δηλαδή παράλειψη συνυποβολής με την Προσφορά, της δήλωσης αυτής ή η υποβολή ελλιπούς κατά περιεχόμενο δήλωσης, όπως εν προκειμένω, καθιστά την υποβληθείσα Προσφορά του απαράδεκτη (βλ. Ε.Α. Σ.Τ.Ε. 1319, 668, 422,133/2009 κλπ).

Περαιτέρω, γίνεται δεκτό ότι ο συγκεκριμένος συμμετέχων είχε όντως τη δυνατότητα να κατανοήσει το περιεχόμενο του επίμαχου πεδίου του Ε.Ε.Ε.Σ., βάσει του κριτηρίου του ευλόγως ενημερωμένου διαγωνιζόμενου που επιδεικνύει τη συνήθη επιμέλεια, ως αυτό έχει ερμηνευθεί από το ΔΕΕ (βλ.

Απόφαση ΔΕΕ της 12ης Μαρτίου 2015, C-538/13 (eVigiloLtd) σκέψεις 54-55, πρβλ. Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως, Eleanor Sharpston της 2ης Σεπτεμβρίου 2018, Υπόθεση C375/17 (StanleyInt. BettingLtd), σκέψη 71).

Εν όψει των ανωτέρω, γίνονται δεκτές οι αιτιάσεις του προσφεύγοντος, κατά τις οποίες: «... Ως εκ τούτου, εφόσον μία εργοληπτική επιχείρηση είναι εγγεγραμμένη στην 4η, 5η, 6η ή 7η Τάξη ΜΕΕΠ κατά τεκμήριο καλύπτει τους εν λόγω δείκτες βιωσιμότητας, παρ' όλα αυτά όφειλε στο σχετικό πεδίο του ΕΕΕΣ, να δηλώσει ρητώς ότι πληροί τους δείκτες αυτούς και να αναφέρει στο δεύτερο πεδίο με τίτλο «η αντίστοιχη αξία» τουλάχιστον τη βεβαίωση εγγραφής στο ΜΕΕΠ, εφόσον κάλυπτε τους ζητούμενους δείκτες, όπως αυτή ίσχυε κατά το χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ, άλλως να αναφέρει ρητώς τους δείκτες, οι οποίοι θα έπρεπε να καλύπτουν τις ζητούμενες τιμές...». Δοθέντος δε ότι ο όλος μηχανισμός υποβολής και ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής διέπεται από την αρχή της τυπικότητας, δηλαδή της διαφανούς και αυστηρής διαδικασίας του Διαγωνισμού, κατά την οποία η νομιμότητα συμμετοχής προϋποθέτει την εκπλήρωση τυπικών προϋποθέσεων, ο σχετικός λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή, τόσο ως προς το αίτημα ακύρωσης της παράλειψης οφειλόμενης ενέργειας (κλήση οικ. φορέων για επεξηγήσεις βάσει του άρ. 88 του Ν. 4412/2016), όσο και ως προς την απόρριψη της Προσφοράς του 2^{ου} παρεμβαίνοντος.

13. Επειδή, το αίτημα της 1^{ης} Παρέμβασης για απόρριψη της κρινόμενης Προσφυγής και για διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης θα πρέπει να απορριφθεί.

14. Επειδή, η 2^η Παρέμβαση θα πρέπει να απορριφθεί.

15. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το Παραβόλο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την πρώτη Παρέμβαση («...»).

Απορρίπτει την δεύτερη Παρέμβαση («...»).

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. .../23.07.2021 Απόφαση της αναθέτουσας αρχής - κατ' αποδοχή του Πρακτικού Νο 1 της Επιτροπής Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού - η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «ΑΝΑΠΤΥΞΗ ΚΑΙ ΒΕΛΤΙΩΣΗ ΥΠΟΔΟΜΩΝ ΤΟΥ ...», Κωδικός κύριου λεξιλογίου CPV ... Γενικές κατασκευαστικές εργασίες για αεροδρόμια, διαδρόμους προσγείωσης-απογείωσης και επιφάνειες ελιγμών (ΑΔΑΜ ΚΗΜΔΗΣ: ... 2021-05-26) σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας Απόφασης.

Διατάσσει την επιστροφή του προσκομισθέντος Παραβόλου, ποσού δεκαπέντε χιλιάδων ευρώ 15.000,00€ (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 του ΠΔ 39/2017).

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10 Σεπτεμβρίου 2021 και
εκδόθηκε στις 30 Σεπτεμβρίου 2021, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αναστασία Ρουμελιώτη